



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

El Principio *superficies solo cedit* en
el Marco Edificatorio y sus Excepciones

D^a Susana Morales Saura

2017

Tesis que, para optar al grado de Doctor, presenta la licenciada Doña Susana Morales Saura. Realizada en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, bajo la Dirección de los doctores JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ y CARMEN GARCÍA PÉREZ.

Murcia, Junio de 2017

A mi marido, a mis hijos y a Ella

A mis guías en este viaje: Carmen y Joaquín

*Se quiere más lo que se ha conquistado con más fatiga.
Lo que con mucho trabajo se aprende, más se ama.*

Aristóteles

Sumario

Abreviaturas	XI
Introducción	XV
I El principio <i>superficies solo cedit</i>	1
1 Significado y evolución histórica del principio <i>superficies solo cedit</i>. Un viaje de ida y de vuelta	3
1.1 ¿ <i>Superficies solo cedit</i> ?	3
1.2 Plena vigencia en España del principio <i>superficies solo cedit</i> desde Roma hasta nuestros días. Su fundamento y su recepción en el artículo 358 C.c.	19
2 Presupuestos para la aplicación del principio <i>superficies solo cedit</i>	39
2.1 Aplicación restringida a la efectiva concurrencia de unos presupuestos tasados. Planteamiento de la cuestión	39
2.2 Unión o incorporación	42
2.3 Falta de acuerdo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas	67
2.4 Cosa principal y cosa accesoria	73
3 Efectos jurídico-reales de la aplicación del principio <i>superficies solo cedit</i>	79
3.1 Atribución de la propiedad del todo. Naturaleza jurídica de la adquisición de la propiedad por accesión	79
3.2 Carácter automático o diferido del efecto adquisitivo de la accesión	90
3.3 Otros efectos jurídico-reales de la accesión: Adquisitivos, extintivos y registrales	114
3.4 Efectos de la pérdida de la propiedad de la cosa accesoria. La teoría del “dominium dormiens” y la posible revivificación de la propiedad de los materiales	147
II La aplicación del régimen jurídico previsto en el Código civil para el principio <i>superficies solo cedit</i>	155
4 Apropiación por el dueño del suelo de las edificaciones hechas íntegramente en él por un tercero	157
4.1 Ideas generales en torno a la accesión por edificación en suelo ajeno	159
4.2 Edificación en suelo ajeno con materiales propios de buena fe	168

4.3	Edificación en suelo ajeno con materiales propios de mala fe	310
4.4	Edificación en suelo ajeno con materiales propios, con mala fe en el incorpo- rante y en el <i>dominus soli</i>	327
4.5	Edificación en suelo ajeno con materiales también ajenos: “un drama de tres personajes”	334
5	Apropiación por el dueño del suelo de los materiales ajenos con los que realiza la edificación	343
5.1	La construcción en suelo propio con materiales ajenos. Origen histórico y fun- damento	344
5.2	Supuesto de hecho	351
5.3	La consecuencia jurídica	378
III	Excepciones y modalizaciones del principio <i>superficies so- lo cedit</i>	389
	Preliminar: Tratamiento doctrinal de la cuestión	391
6	El <i>solum superficies cedit</i>	399
6.1	La inversión de la accesión. Generalidades	399
6.2	Construcción en terreno propio con invasión de terreno ajeno o construcción extralimitada	403
7	Supuestos de paralización y de modalización de la accesión	443
7.1	El derecho de superficie y la posible disociación “absoluta” de la propiedad . .	444
7.2	Supuestos de disociación de la propiedad de forma indefinida	454
	Conclusiones	489
	Índice cronológico de jurisprudencia citada	507
	Bibliografía y recursos electrónicos	519

Abreviaturas

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AFD	Anuario de la Facultad de Derecho
AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AATS	Autos del Tribunal Supremo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil de Alemania)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORMe	Boletín Oficial del Registro Mercantil
C.c.	Código Civil
C.c.c.	Código Civil de Cataluña
C.c.Q.	Código Civil de Quebec
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C.Com.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
C.E.E.	Comunidad Económica Europea
C.D.F.A.	Código del Derecho Foral de Aragón
C.D.C.F.N.	Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
D.	Derecho
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director
ECLI.	Identificador Europeo de Jurisprudencia
Edic.	Edición
Edit.	Editorial
EDJ.	El Derecho (editores), Jurisprudencia
Fasc.	Fascículo
F.D.	Fundamento de Derecho
JC	Jurisprudencia Civil
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos

LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
MCR	Marco Común de Referencia, también conocido como DCFR, Draft Common Frame of Reference
NDI	Nuovo Digesto Italiano
NssDI	Novissimo Digesto Italiano
Nº	Número
Pág. o págs.	Página o páginas
PECL	Principles of European Contract Law (o Principios de Derecho Europeo de los Contratos, también conocidos como Principios LANDO)
RC	Repertorio de jurisprudencia sobre Responsabilidad Civil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDJudicial	Revista de Derecho Judicial
RDCA	Revista de Derecho Civil Aragonés
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDP	Revista de Derecho Privado
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RH	Reglamento Hipotecario
RGDR	Revista General de Derecho Romano
RH	Reglamento Hipotecario
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)
RN	Reglamento Notarial (o Reglamento de la organización y régimen del Notariado)
Rec.	Recurso
Riv.Dir.Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv.Dir.Comm.	Rivista di Diritto Commerciale
Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.	Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCCassazione	Sentenza dei Corte Suprema di Cassazione
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Ss.	Siguientes
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tol	Tirant On Line (Jurisprudencia)
TRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen
VV.AA.	Varios autores

Introducción

El mundo del derecho, de una forma paralela a la evolución social y técnica, se halla inmerso en una constante necesidad de cambio y adaptación a las nuevas realidades y exigencias del tráfico jurídico que caracterizan una sociedad contemporánea que demanda nuevas figuras o instituciones jurídicas que, al amparo del principio básico en nuestro Derecho de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 C.c.), se adecuen a ese continuo proceso evolutivo, al margen de las figuras legalmente reconocidas, que quizá por estar sometidas a unos moldes excesivamente rígidos, no atiendan adecuadamente a esas nuevas necesidades que se van suscitando, fundamentalmente, en el campo inmobiliario.

En este contexto evolutivo y de aparente choque entre tradición y necesaria transformación de las instituciones jurídicas, nuestro estudio se centra en la accesión por edificación, también llamada accesión inmobiliaria industrial o como la designan las fuentes *inaedificatio*. Vamos a tratar un tema viejo pero desde una perspectiva actual y moderna, para saber qué es lo que queda hoy de aquella, y cuál es la situación en la realidad jurídica y en la vida práctica del principio que la informa: el brocardo *superficies solo cedit*.

Uno de los múltiples principios legados de Roma, de la sabiduría de sus juriscultores, y esencia de la accesión como modo de adquirir la propiedad *secundum quid*, es que “lo accesorio sigue a lo principal”. Principio lógico elemental y aceptado como principio general del Derecho que viene a significar que, cuando dos cosas de diverso dueño se unen o se incorpora la una a la otra de modo que forman un solo y único todo, sin que sea posible su separación, y una es considerada como principal y otra como accesorio, el propietario de la principal se hace dueño de la accesorio. Y como consecuencia de tal principio, si lo que se une o incorpora a suelo ajeno es una edificación (también plantación o siembra) lo accesorio es siempre esto último respecto al suelo, que será siempre lo principal. *superficies solo cedit*, en definitiva. El incorporante, a lo sumo, tendrá derecho a una compensación económica por lo incorporado, desplazando la cuestión del campo de los derechos reales a un terreno puramente obligacional.

Brevísimamente queda expuesto algo que tiene extraordinaria importancia económico-jurídica y social: en materia inmobiliaria, el suelo, la tierra, ha sido siempre lo principal, y lo accesorio, siempre lo edificado sobre aquél. Principio, consolidado en el Derecho común, que trasciende y se sigue respetuosamente en las Partidas, y que se ha mantenido incólume tras más de 2000 años en el Código civil, que fiel a este

planteamiento inicial, lo ha sabido reflejar en el artículo 358 C.c. cuando manifiesta, *lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras y reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos, con sujeción a lo que disponen los artículos siguientes.*

No obstante su arraigada tradición, y pese a la aparente sencillez de su formulación, sirva de preludeo que el panorama del principio *superficies solo cedit* no es muy alentador, ya que desde la década de los treinta del siglo XX (primero en Italia, con BERLINI, GORLA, BONFANTE, luego en Francia donde destaca LEVIE, y más recientemente en España con DÍEZ PICAZO y GARRIDO DE PALMA) se encuentra sumido en una profunda crisis. De un lado, se le critica por obsoleto, por representar ese poder absorbente y expansivo del dominio del suelo que se extiende a todo lo que penetra en su radio de acción, el cual responde a una ideología propia de otras etapas históricas anteriores, en fase de superación, donde las construcciones técnica y económicamente eran de menor relevancia económica que el suelo. De otro, se le eleva a la categoría de principio de orden público, de aplicación general y absoluta siempre que los materiales queden incorporados al suelo de conformidad a los tres primeros apartados del artículo 334 C.c., con independencia del título que pueda ostentar el constructor, del motivo por el que realiza la construcción, o de la relación jurídica que vincula al propietario del suelo con el constructor; para con posterioridad, y con base a una pretendida fundamentación económica, en atención al mayor valor de la edificación, la mayor importancia del trabajo a modo germánico, y la necesaria protección de la riqueza creada frente a un suelo inmóvil, hacerlo sucumbir en sus cimientos.

Ideas muy fructíferas, que se han ido abriendo camino y que han culminado con la aniquilación del principio examinado en legislaciones de tradición romanista, como ha ocurrido con el Código civil portugués, que invierte el principio romano en el caso de que lo edificado o sembrado de buena fe tenga mayor valor que el terreno ajeno en que se planta o siembra (artículos 1340). También, en el supuesto de construcciones extralimitadas de buena fe sin la oportuna oposición del *dominus soli* (artículo 1343). Camino análogo al seguido dentro de nuestras fronteras por el Código civil catalán, en sus artículos 542-7 y 542-9, y por la doctrina jurisprudencial de la “acesión invertida” con la que el Tribunal Supremo da respuesta al caso no contemplando en el Código civil de las construcciones extralimitadas. Para ello, parte del artículo 361 C.c. y le da un giro de 180 grados hasta invertir el principio *superficies solo cedit*, y convertirlo en el principio *solum superficiei cedit* o *solo cedit superficies*.

Situación crítica a la que poco ayuda su regulación legal, que se torna en algunos puntos confusa, compleja, y aparentemente incompleta. Realmente, el único dato claro del que partimos es la consideración por nuestro Código civil de que, en sede inmobiliaria, el suelo es siempre lo principal, y lo edificado sobre él lo accesorio. A partir de ahí, su regulación se oscurece y no da respuesta satisfactoria a toda una serie de interrogantes. En primer lugar, no resuelve el modo en el que se produce la adquisición de la propiedad por accesión, sino que única y exclusivamente se limita a otorgar a favor del propietario del suelo, la posibilidad de optar entre hacer suya la edificación u obligar al que edificare a pagar el precio del terreno. Esto es, el legislador no se pronuncia

sobre el carácter automático o no de la adquisición de la propiedad de los materiales, a medida que se van incorporando indisolublemente al suelo, pero tampoco concreta si tal adquisición se encuentra diferida al efectivo pago del valor de la obra accedida. Duda que se cierne especialmente sobre la interpretación que se haga de la opción conferida al *dominus soli* en el artículo 361 C.c. y de sus expresiones “tendrá derecho a” y “previa la indemnización”. Si se acogiera la postura doctrinal y jurisprudencial mayoritaria de accesión diferida y condicionada al pago, nos adentraríamos en una situación interina de perfiles muy borrosos en la que además se suscitan toda una serie de interrogantes: ¿a quién corresponde la propiedad del edificio mientras el dueño del suelo decide: al que construyó, al *dominus soli*, o quizá a ninguno de ellos y sea *res nullius*?, ¿a quién entonces pertenecerá su posesión?, ¿es posible retener la obra como garantía del pago de lo accedido?, ¿entrará en juego la usucapión de la propiedad de la obra ejecutada, o del suelo invadido, mientras transcurre el tiempo sin que el dueño del suelo reaccione de algún modo ante la invasión? y, una vez tomada la decisión y pagado lo debido ¿operará la accesión en caso de estar condicionada al pago retroactivamente al momento de la decisión, u operará irretroactivamente desde el efectivo pago? Es más, en caso de aceptarse que, en efecto, hay dos propiedades separadas y superpuestas, nos surge la duda de ¿cómo puede el Código civil atribuir al edificante un derecho de retención sobre cosa propia?

Otra cuestión relacionada con la anterior y de indudable repercusión práctica es la relativa a la determinación de la naturaleza de la referida opción contenida a favor del *dominus soli* en el artículo 361 C.c., dado que una vez fijada su *natura iuris* podrán determinarse los presupuestos de capacidad y legitimación necesarias para su ejercicio, su plazo (en caso de haberlo), y si es sólo ejercitable frente al edificante o también frente a posibles adquirentes de la edificación.

La relevancia práctica del objeto de estudio no se agota en su efecto jurídico real, determinado *ex lege* por el artículo 358 C.c., sino que también alcanza a sus efectos jurídico-obligacionales, respecto a los cuales será el estado gnoseológico de los sujetos implicados el que marque la línea divisoria entre el supuesto previsto en el artículo 361 C.c., referido al constructor de buena fe con materiales propios, y los supuestos regulados en los artículos 362 y 363 C.c., donde el constructor interviene de mala fe, y en el artículo 364 C.c. en el que tanto constructor como *dominus soli* actúan de mala fe. El problema ante el que nos encontramos es que el Código civil no cualifica la figura del edificante, tampoco define qué hay que entender por buena o mala fe en sede de accesión, y su significado parece variar en función de que vaya referida al constructor o al *dominus soli*. La única referencia explícita que contiene es la relativa a la mala fe del propietario. Así, el artículo 364 C.c. dispone: “Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse”. Parece identificarse la buena fe del propietario del suelo con un mero desconocimiento excusable o una oposición tempestiva frente a la edificación ajena. Definición que, por otro lado, no parece que sea extensible al constructor, lo que hace necesario determinar qué se entiende por buena y mala fe respecto a cada uno de los sujetos implicados.

A tal fin, poco ayuda la remisión que realiza el artículo 361 C.c. a los artículos 453 y 454 C.c. para la determinación del *quantum* indemnizatorio y que ha llevado a un sector doctrinal a identificar al principio *superficies solo cedit* con un mero suceso de liquidación de expensas posesorias y a la asimilación de la buena fe posesoria del artículo 433 C.c. con la buena fe edificatoria, amén de la limitación subjetiva del edificante al poseedor civil. Cuando de la confrontación de ambos bloques normativos se suscitan evidentes contradicciones: a) el constructor de mala fe no tiene reconocido en el artículo 362 C.c. derecho alguno por los gastos realizados, mientras que los artículos 453 y 454 C.c. reconocen un derecho a reintegrarse por los gastos necesarios “a todo poseedor”; b) tampoco el poseedor de mala fe del artículo 455 C.c. puede verse constreñido a retirar la mejora a sus expensas, a diferencia de lo previsto en el artículo 363 C.c.; c) al poseedor de buena o mala fe se le niega el *ius tollendi* de las mejoras que no han de cobrar en los artículos 453 y 454 C.c., mientras que una previsión semejante no consta en las normas de accesión; y d) en sede de accesión se permite al *dominus soli* optar por aceptar los términos de la accesión e indemnizar por la construcción o decantarse por la imposición de una compraventa al constructor, norma que carece de parangón en materia de posesión.

Más, una vez determinada la naturaleza de las obligaciones pecuniarias que establecen los artículos 360 y 361 C.c. debemos plantearnos si son deudas dinerarias, regidas por el principio nominalista o deudas de valor. Cuestión directamente conectada con la delimitación del ámbito objetivo de la accesión y con el momento en que habrán de ser valorados los elementos a abonar (ya sea suelo edificado, materiales o edificación *ex novo*) ¿será el momento de la incorporación o el del efectivo pago? Ahora bien, si el suelo invadido o el edificio invasor se hubieren transmitido a terceros sin haberse saldado las deudas pecuniarias de la accesión ¿quiénes son acreedores y deudores, los originarios dueños y constructor, o los posteriores adquirentes? Para dar respuesta a tales interrogantes habrá que determinar si las obligaciones pecuniarias tienen eficacia personal o son deberes de transcendencia real u *ob rem*.

Sentado lo anterior, y siendo conscientes de la delicada situación del viejo brocardo romano, vamos a tratar de aportar nuestro grano de arena en esta confusa y escasamente estudiada materia. A tal fin, ahondaremos en el porqué del *superficies solo cedit*, dando un juicio crítico de aquél exento de exageraciones, una vez que conozcamos detalladamente sus presupuestos, su operatividad en el Código civil y analicemos, también, aquellas otras normas que regulan en nuestro Derecho la posibilidad de edificar en suelo ajeno sin inquietar al *dominus soli*, manteniendo disociados los dominios de suelo-subsuelo-vuelo y que, aparentemente, implicarían desviación o derogación del brocardo romano, para averiguar qué es lo que queda hoy de él en la realidad jurídica patria y si se aplica rígidamente en esta materia el Código civil siempre, o por el contrario hay “algo más” que nuestro viejo Código civil y el principio *superficies solo cedit*.

Interrogantes que justifican, sin duda, que en sede de accesión inmobiliaria y especialmente en materia de construcción en suelo ajeno, la jurisprudencia haya tenido a través de la interpretación e integración de los artículos 361 y ss. C.c., una función

sumamente relevante a tener en cuenta a lo largo del presente trabajo.

Nuestro objetivo es, en definitiva, dar una visión global y actual de la accesión industrial inmobiliaria en nuestro Derecho vivo y comprobar cómo tras más de 2000 años el viejo brocardo romano sigue siendo útil como mecanismo para la resolución de conflictos entre el dueño de un terreno y quién edifica en él sin derecho a hacerlo. Trataremos de verificar cómo la necesaria evolución en el tráfico jurídico, es compatible con el respeto a nuestra tradición jurídica heredada de la sabiduría de los jurisconsultos romanos, sin que la creación de las nuevas figuras o instituciones jurídicas demandadas por la sociedad contemporánea, implique necesariamente romper con siglos de tradición jurídica.

Una vez apuntados los objetivos perseguidos, la búsqueda de respuestas para las interrogantes planteadas nos lleva a articular nuestro trabajo en tres partes.

La primera parte se divide, a su vez, en tres capítulos:

- 1º Comenzamos el primero con un análisis del principio romano desde una perspectiva histórica, lo que nos permitirá conocer su significado y evolución desde Roma a la actualidad. Más de dos mil años de evolución, hasta su consagración definitiva en el artículo 358 C.c. Visión que nos va a permitir conocer el cómo y el porqué del principio *superficies solo cedit*, como regla que domina en materia de las obras, construcciones y edificaciones hechas en suelo ajeno, y su delimitación respecto a otro principio clásico medieval “*cuius est solum eius est ad coelum usque ad infernos*” expresivo de la extensión vertical del dominio y de la plenitud de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce con carácter exclusivo y excluyente al *dominus soli*.
- 2º En un segundo capítulo se delimitarán los presupuestos cuya concurrencia es necesaria para la virtualidad del principio romano. Destacando, de un lado, la necesaria concurrencia de la nota de ajenidad y disparidad en la titularidad de lo principal, el suelo, y de lo accesorio, los materiales de construcción. De otro, la necesaria distinción de dos fases en el presupuesto de unión indisoluble; una primera de inmovilización de los materiales al suelo con su conversión en inmuebles por incorporación, en la que no puede intervenir la voluntad de las partes, y una segunda, donde mutan los títulos que las partes ostentan sobre los bienes en *lid*, ex artículo 358 C.c., y en la que se atribuye la propiedad del todo al dueño del suelo. Fase, en la que por acuerdo de los interesados sí será posible modular e incluso paralizar las consecuencias jurídicas de la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*.
- 3º Dedicaremos el tercer capítulo al análisis de los efectos jurídico-reales derivados de la incorporación de materiales ajenos por accesión. En primer lugar, plantearemos el controvertido tema de la atribución automática o diferida al pago de la propiedad del todo al *dominus soli*. Destacando que, en todo caso, precisa de un acto de voluntad del propietario del suelo. En la edificación en suelo propio con materiales ajenos, el mero hecho de la aprehensión de los materiales, implicará aceptación; mientras que en la edificación en suelo ajeno, el propietario del terreno tendrá que

ejercitar la opción del artículo 361 C.c. aceptando o rechazando los términos de la misma. Finalmente, completaremos este tercer capítulo con un recorrido por las distintas situaciones que pueden plantearse para el caso de que las cosas unidas inseparablemente estén sujetas a derechos de terceras personas, esto es, si el terreno sobre el que se edifica está afecto a un usufructo, arrendamiento, censo enfiteútico o hipoteca.

En la segunda parte del presente trabajo, analizaremos la aplicación por el Código civil del principio *superficies solo cedit* en los distintos supuestos que pueden plantearse. A tal fin, se dividirá en dos capítulos: un primero, referido a la hipótesis de construcción en terreno propio con materiales ajenos (artículo 360 C.c.); y un segundo, relativo al supuesto de construcción en terreno ajeno con materiales propios o con materiales de un tercero (artículos 361 a 365 C.c.). Metódicamente efectuaremos en cada capítulo una idéntica incursión histórica para conocer las soluciones dadas a cada supuesto concreto en el Derecho Romano, las Partidas, Fueros nacionales y en los Códigos francés, portugués e italiano (tanto el código de 1865 como el actualmente vigente). Entre otros temas trataremos el ejercicio efectivo de la opción (legitimación activa, pasiva, capacidad, plazos, etc. . .) conferida al *dominus soli* en el artículo 361 C.c. que se acometerá tanto desde la óptica de la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, defensora de una adquisición condicionada al pago y de la existencia de propiedades disociadas, como desde la postura minoritaria (que defendemos) de adquisición automática desde el momento de la incorporación de los materiales. Para el caso de aceptar los términos de la accesión, ofreceremos una explicación a la remisión que el artículo 361 C.c. efectúa a los artículos 453 y 454 C.c. para la determinación del *quantum* indemnizatorio, y con la que se evitan las contradicciones existentes al confrontar los dos bloques normativos (posesión y accesión), donde jugará un papel decisivo el concepto de edificación que se adopte en sede de accesión, bien como obra cualificada o edificación “*ex novo*”, o bien, como obra omnicomprendiva de cualquier construcción, que incluiría todo tipo de reparaciones o mejoras.

Por último, se prestará especial atención al estado gnoseológico de las partes en conflicto, dado que la concreción del ámbito subjetivo, la determinación de los efectos pecuniarios compensatorios o, en su caso, indemnizatorios, así como la circunstancia de tener o no derechos sobre lo construido, viene dada por un único criterio, la existencia o no de buena fe edificatoria, la cual no tiene por qué coincidir con la buena fe posesoria.

En la tercera y última parte, analizaremos las excepciones y posibles modulaciones del principio *superficies solo cedit*, dado que la inderogabilidad del mismo parece que se aviene mal con las distintas prácticas y fórmulas constructivas del momento (derecho de superficie, sobre y subedificación, propiedad horizontal y, dentro de esta última, la figura del complejo inmobiliario, etc. . .), lo que nos plantea la necesidad de conectar la doctrina de la posible derogación de la accesión en beneficio del suelo, con la siempre debatida y polémica cuestión de si la norma del artículo 358 C.c. es de *ius cogens* o meramente dispositiva.

A tal fin se articularán dos capítulos: el primero, dedicado al estudio de las figuras que permiten considerar, como elemento principal, las incorporaciones (la edificación) y como accesorio, el suelo sobre el que aquellas descansan. Supuestos denominados de “inversión de la accesión”, acometiéndose un estudio detallado del origen, presupuestos y desarrollo de la doctrina jurisprudencial de la “accesión invertida”, lo que nos permitirá comprobar como el Tribunal Supremo (en contra de sus propios actos y tras la experiencia negativa que tal doctrina ha traído consigo en los últimos años de boom inmobiliario), parece retornar al respeto por lo ajeno y a los principios tradicionales. Un segundo capítulo, irá dedicado al estudio de aquellas instituciones o pactos que van a mantener disociado el dominio en el espacio vertical. Esto es, a los supuestos denominados de “paralización de la accesión”. Analizaremos, concretamente, el derecho de superficie, el de sobre y subedificación y la propiedad horizontal con el único fin de acreditar la coexistencia pacífica de tales figuras que permiten escindir a todos los efectos, la propiedad del vuelo, suelo y subsuelo, sin perturbar en su titularidad al, con el principio romano, y desterrar la obsoleta idea de “aplicación universal del hecho adquisitivo por accesión”, entendida como la necesidad de que siempre que se produce una incorporación de materiales en el *solum* (en la forma prevista en el artículo 334 C.c. en sus tres primeros apartados), tiene necesariamente aplicación la regla *superficies solo cedit*.

Parte I

El principio *superficies solo cedit*

Capítulo 1

Significado y evolución histórica del principio *superficies solo cedit*. Un viaje de ida y de vuelta

Índice del capítulo:

1.1	¿ <i>Superficies solo cedit</i> ?	3
1.2	Plena vigencia en España del principio <i>superficies solo cedit</i> desde Roma hasta nuestros días. Su fundamento y su recepción en el artículo 358 C.c.	19
1.2.1	Apuntes históricos. <i>Superficies solo cedit</i> , significado y evolución	19
1.2.2	Fundamento del principio <i>superficies solo cedit</i>	25
1.2.3	Consagración definitiva del principio en el artículo 358 del Código civil	31

1.1. ¿*Superficies solo cedit*?¹

Superficies solo cedit, es aquel viejo principio romano que da respuesta en el campo inmobiliario a una cuestión de acuciante actualidad: cuando dos cosas, pertenecientes a distintos propietarios, se unen de modo inseparable y forman un todo sin que sea posible su separación ¿cuál de los dos titulares anteriores adquiere la propiedad de la cosa incorporada o del todo resultante?

¹GARRIDO DE PALMA, V. M. «¿*Superficies solo cedit*?», Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel, Coordinado por Victor M. Garrido de Palma, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 144 y ss. Se inicia este trabajo con idéntica interrogante a la formulada por GARRIDO DE PALMA en el artículo referido, aunque el análisis del principio romano se acomete desde una óptica distinta, comprobando la compatibilidad entre tradición y evolución, esto es, desde el respeto de la tradición romanista sin coartar la necesaria evolución del derecho patrimonial y su adaptación a la realidad económica del momento, en especial, del mercado inmobiliario.

De un lado, no parece deseable la separación por resultar injusta y antieconómica, bien porque sea materialmente imposible, o aun siendo posible, porque resulta inviable desde un punto de vista económico². De otro, la solución de la copropiedad, aunque más ecuánime, resulta también antieconómica, por no ser operativa en el tráfico jurídico al estar sometida en su gestión al necesario acuerdo mayoritario o unánime de los copropietarios. Es conocida además por todos, la aversión sentida hacia la misma, ya desde el Derecho Romano (*comunio est mater discordiarum*). Repulsa que se observa, igualmente, respecto a cualquier solución que implique separación entre suelo y superficie y que tienda, en definitiva, a la desmembración de la propiedad.

Parece que no hay solución más justa y económica que la que impone el principio *accessorium sequitur principale*, como principio lógico elemental y aceptado como principio general del Derecho³, cuyo campo de aplicación es muy amplio: rige en materia de obligaciones y contratos, de garantías de crédito, de legados, etc. . . Desde su óptica, cuando dos cosas de diferente dueño se unen o incorporan una a la otra, la accesoria seguirá a la principal y el propietario de la principal se convertirá en dueño de la cosa accesoria, así se recoge en el artículo 375 C.c.⁴ para el caso de unión de cosas muebles. Y en el supuesto de unión de cosa mueble a inmueble, lo edificado, plantado o sembrado siempre será lo accesorio y el suelo, lo principal. Es el conocido principio *superficies solo cedit*⁵.

Resulta además indiferente, para su efecto atributivo de la propiedad, si los dueños de la cosa principal y accesoria actúan de buena o mala fe, o si conocen la ajenidad de los materiales incorporados o del fondo al que se incorporan. Ello podrá dar lugar a un efecto compensatorio o, en su caso, indemnizatorio, esto es, el incorporante, a lo sumo, podrá tener derecho a un resarcimiento económico y ello sin excepción, de manera rotunda, enérgica e imperativa⁶, desplazando la cuestión a un terreno puramente obligacional, porque a efectos jurídico-reales, para la atribución de la propiedad es

²BRUGI, B., *Della proprietà*, Vol. I, Torino, 1911, pág. 135.

³CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «*Superficies solo cedit*: Un principio (natural) en crisis (económica)», en *RCDI*, N° 728, 2011, pág. 3064. GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 145. LÓPEZ VILAS, R., «Comentario al artículo 358 C.c.», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, T I, Dir. por C. Paz Ares, L. Diez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador, Madrid, 1991, pág. 1007. DÍEZ PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *RCDI*, N° 455, 1966], págs. 846 y 847.

⁴DORAL Y GARCÍA, J.A., «Comentario al artículo 375 C.c.», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, T I, Dir. por C. Paz Ares, L. Diez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador, Madrid, 1991, pág. 1036 y ss.

⁵NÚÑEZ BOLUDA, M^a D., *La accesión en las edificaciones*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 46.

⁶GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 146.

suficiente con el principio *superficies solo cedit*⁷. “*Siempre ha bastado con él*”⁸.

A diferencia de lo que ocurre en la incorporación de cosas muebles, donde nuestro Código civil (artículos 376 y 377)⁹ para determinar qué cosa es la principal y cuál la accesoria, atiende de modo jerárquico, a su autonomía, en su defecto, a su valor y a igualdad de valor, al mayor volumen. En la unión o incorporación de cosas inmuebles (de mueble a inmueble), dejando al margen accesiones naturales y centrándonos en la accesión inmobiliaria industrial, la determinación de la principalidad se realiza *ex lege*¹⁰. Es el artículo 358 C.c. el que ordena que el suelo, inmueble por naturaleza, sea el elemento principal, y la obra o edificación, el accesorio¹¹. Criterio que ha permanecido inmutable en el devenir histórico, desde el Derecho Romano: *quidquid inaedificatur solo cedit*, superficies solo cedit. La superficie cede al suelo. Proclamado en multitud de textos romanos¹², especialmente atribuidos a Gayo. Así en sus Instituta

⁷Son numerosas las sentencias de nuestro Tribunal Supremo donde se reconoce la existencia y plena vigencia en nuestro Ordenamiento del principio de que lo edificado cede en favor del suelo. Así, la tan nombrada e importante Sentencia de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721) afirma: “las reglas del Código civil, en materia de accesión, en los artículos 361 y ss., responden siempre a la regla *superficies solo cedit*, derivada del principio fundamental de que lo accesorio sigue a lo principal, regla y principio que inspiran los artículos 353 y 358 del Código”. La sentencia de 15 de junio de 1961 (RJ 1961/2728), que tras realizar un resumen de las distintas modalidades de accesión, afirma que “en esta materia rige el principio *superficies solo cedit*”. La sentencia de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524) dictada en materia de accesión invertida, dice que “ésta constituye una excepción, porque en nuestro sistema la regla general es la superficie cede al suelo, recogida en el artículo 361 C.c.”. La sentencia de 16 de febrero de 1990 (RJ 1990/690) afirma que la regla “*superficies solo cedit* está consagrada en el artículo 358, completado por la presunción *iuris tantum* del artículo 359 del Código civil”.

⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 3064.

⁹DORAL Y GARCÍA, op. cit., pág. 1042 y ss.

¹⁰CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 68, 70, 71, 91, 93, 96, 171 y 200, para este autor, el artículo 358 C.c. corta de raíz cualquier intento de hacer depender la solución en la determinación de qué es lo principal y qué lo accesorio del valor de cambio que puedan tener los bienes, y expresa que lo principal es el suelo, ya que este puede existir sin edificio siendo lo contrario impensable.

¹¹Para BASOZABAL ARRUE, X. «Comentario al artículo 358 y ss. C.c.», en Cañizares Laso et al. (directores): *Código civil comentado*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2011, pág. 1460 y ss., el enunciado básico del *superficies solo cedit* es el siguiente: nuestro Código civil parte de datos objetivos para solucionar el conflicto de intereses planteado en sede de accesión y uno de ellos es decidir qué cosa es la principal y tratándose del supuesto de unión entre un inmueble (predio en sentido amplio) y ciertas cosas que al unirse a éste devienen inmuebles por incorporación (edificación, plantación y siembra) será aquél la cosa principal y corresponderá a su dueño decidir sobre el resultado de la unión.

¹²En la Ley 7 de la Tabla VI se decía “*Tignum junctum aedibus vineave et concapit ne solvito. Ut qui illud junxisset domino dupli praestaret*”, traducido: “El madero unido a un edificio o a una viña, o a la valla, no lo desates. Y quien lo hubiese unido pague a su dueño el doble”; y en la siguiente, la 8ª, se insistía en la misma idea: “*Ley XII tabularum neque solvere permitit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare...*”. encontramos el supuesto de la *inaedificatio*: “*tignum junctum aedibus vineave*”, recogido en las XII Tablas (XII T.,6,8) acaso codificando una norma de derecho consuetudinario, considerado como el caso más antiguo de accesión y para muchos autores el germen del principio objeto de la presente tesis “*superficies solo cedit*”, donde el propietario de la viga introducida en edificio ajeno o de las estacas clavadas en viña ajena no podía retirarlas “ne solvito” mientras subsistiera lo edificado o lo plantado. Supuesto considerado por la doctrina romanista como el antecedente más remoto de la ac-

se decía: “*Praeterea id quid in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamuis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*” (Instituta 2,73)¹³; e insistía refiriéndose al caso inverso: “*Quum in suo loco aliquis materia aedificauerit, ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit*” (D.41.1.7.)¹⁴.

El Código civil fiel a su tradición romanista, ha sabido reflejar con exactitud, la máxima heredada de los jurisconsultos romanos *superficies solo cedit*, y con ella, la plenitud absorbente del dominio del suelo¹⁵, con total abstracción respecto al valor de las edificaciones o plantaciones¹⁶, esto es, nuestro Código en su artículo 358, como concreción de lo previsto con carácter genérico en el 353 C.c. dispone “lo edificado, plantado, o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”. Precepto que enlaza y se complementa con lo dispuesto en el artículo 350 C.c.¹⁷, según el cual “el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que

cesión. Así lo considera DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Las relaciones jurídico-reales, El registro de la propiedad. La posesión*, Vol. III, 5ª edic, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 278. Sin embargo, para ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario a los artículos 353 y ss. C.c.», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. I, Edersa, Madrid 1990, pág. 276, nota. 5, no nos encontramos ante el primer supuesto de accesión inmobiliaria industrial, y germen del “*superficies solo cedit*”, sino ante un supuesto de *dominium dormiens* ya que el propietario de la viga o *tignum* conserva su dominio en estado de quiescencia, y queda paralizada la *actio ad exhibendum* y la posterior *reivindicatio* hasta la destrucción de lo construido o de lo plantado. También en las Instituciones de Justiniano, en el parágrafo 29, que reza: “*Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificauerit, ipse intelligitur dominus aedificii, qui omne quod inaedificatur, solo cedit*”, que se traduce: “Cuando alguno hubiere edificado en lugar suyo con materiales ajenos, se entiende que el mismo dueño lo es del edificio, porque todo lo que en él se edifica cede al suelo”, y en el parágrafo 30, se dirá: “*Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificauerit, illius fit domus cuius est solum est*”, traducido como: “Por el contrario, si alguno hubiere edificado con materiales suyos en suelo ajeno, el edificio se hace de aquel de quien también es el suelo”. Y así en el Digesto 41.1.7. 10 y 12. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho civil Romano*. Texto de Kriekel Hermann y Orenrugen, traducción a dos columnas de Ildefonso García del Corral, T. III, Barcelona, 1897, págs. 302 y 303.

¹³Este párrafo contenido en la Instituta, Comentario 2, parágrafo 73, se traduce: “Por otra parte, lo edificado por otro en nuestro terreno, aunque lo hubiera edificado por su cuenta, se hace nuestro por derecho natural, porque lo construido sobre él cede al suelo”. Traducción de ABELLÁN VELASCO, M., ARIAS BONKI, J.A., IGLESIAS RIDONDO, J., y ROSHT ESTHEK, J., citados por NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 46, nota 100.

¹⁴“Cuando alguno hubiere edificado en lugar suyo con materiales ajenos, se entiende que el mismo dueño lo es del edificio, porque todo lo que en él se edifica cede al suelo”. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho civil Romano (Corpus iuris civilis)*. T. III, Texto de KRIEKEL, HERMANN y ORENRUGEN, traducción a dos columnas Ildefonso García del Corral, Barcelona, 1897, pág. 302.

¹⁵PEÑASCO VELASCO, R., «El exacerbado valor concedido a la tierra desde el derecho romano hasta el Código civil y la consecuente, y prácticamente indestructible, presunción de buena fe del dueño del suelo», *Revista de estudios superiores a distancia*, Nº 28, 2009, pág. 7 y ss.

¹⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 328.

¹⁷Digo se complementa, porque en tal precepto, no se encuentra recogido el aforismo romano “*superficies solo cedit*”, sino uno medieval, formulado en el siglo XIV por CINO DE PISTOYA y su discípulo BARTOLO DE SAXOFERRATO, “*cuius est solum eius est ad coelum usque ad íferos*” que expresa la extensión de la propiedad de un inmueble en sentido vertical, hacia arriba y hacia abajo, ejercitada por “*iure proprietatis*” por el *dominus*, no “*iure accesionis*”, hoy superado por la teoría del interés de

está debajo de ella”, y que se completa con lo manifestado en el artículo 359 C.c, que presume que todas las obras, siembras y plantaciones son hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario, así como por el artículo 361 C.c. con el que culmina la consagración en nuestro Código civil del principio “*superficies solo cedit*”.

Es más, la Dirección General de los Registros y del Notariado, como fiel intérprete de tales preceptos, en su Resolución de 19 de mayo de 1952 (RJ 1952/1627), plasma el fundamento práctico y sentido actual¹⁸ de tales normas cuando afirma que: “los preceptos que regulan en el Código civil la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, y así lo pone de relieve el artículo 358 C.c. al establecer, más como regla de Derecho imperativa que como presunción, que lo edificado pertenece al dueño del suelo, con lo que trata de evitar situaciones anormales de condominio sin cuotas homogéneas, coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el vuelo o derechos de superficie, que, como excepcionales deberían establecerse o pactarse expresamente, y por tanto, cuando las obras no hayan sido hechas o costeadas por él, en general, sólo se producirá un derecho personal sobre la indemnización a que hubiere lugar”.

No obstante su arraigada tradición, el viejo principio romano, en los últimos tiempos, no goza de buena prensa¹⁹ y desde un sector muy importante de la doctrina civilista más destacada (FONT BOIX²⁰, DÍEZ PICAZO²¹, GARRIDO DE PALMA²², ALONSO

IHERING y su concepción del derecho subjetivo. Un importante sector doctrinal entiende reflejado o derivado de éste artículo 350 C.c., el principio “*superficies solo cedit*”, entre otros: GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 148, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 328, SÁNZ FERNÁNDEZ, A., «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, el día 22 de marzo de 1947, pág. 115, y la práctica unanimidad de la doctrina entiende, que los principios básicos y fundamentales que rigen en materia de obras y edificaciones en suelo ajeno y por ende, en sede de accesión inmobiliaria industrial, son los contemplados en el juego del artículo 350 y 353 C.c. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 52. Lo anterior es destacado por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *La Accesión horizontal en las construcciones extralimitadas*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 100 y ss.

¹⁸A juicio de GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 148, se aprecia claramente cómo la Dirección General recoge en tal resolución la fundamentación práctica que la accesión tuvo en Roma: evitar en lo posible situaciones de condominio y de propiedad del vuelo separada de la del suelo. En idéntico sentido ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 276 y 329.

¹⁹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 85.

²⁰FONT BOIX, V., “El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal”, *RDN*, julio-diciembre, 1967, pág. 7 y ss.

²¹DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 289. También en su artículo “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, en *RCDI*, N° 455, 1966, págs. 829 a 862.

²²GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 150, se apoya, para justificar su ardua crítica al axioma romano en tratadistas extranjeros de la talla SAVATIER, MARTY-RAYNAUD, y DE MARTINO, también lo hace en otros autores patrios como FONT BOIX y DÍEZ PICAZO.

PÉREZ²³, PUIG BRUTAU²⁴, LACRUZ²⁵, PÉREZ CÁNOVAS²⁶, LÓPEZ VILAS²⁷, CARRASCO PERERA²⁸...), se ha emprendido una cruzada contra el axioma romano *superficies solo cedit*, atendiendo a su “pretendido” fundamento como exclusivamente económico²⁹. Estos autores se cuestionan por qué la tierra, el suelo, ha de ser siempre lo principal y lo construido lo accesorio, a pesar de que el coste de las edificaciones sobrepasa en muchas ocasiones, el valor del terreno. También se preguntan, cuál es el motivo por el que el *dominus soli* se ha de quedar con lo edificado en aquél, si es su voluntad, abonando a lo sumo una indemnización al constructor si éste es de buena fe, tal y como dispone el artículo 361 C.c. y ello, al parecer les plantea dudas, incluso, cuando el *dominus soli* actúa con mala fe.

Nuestra doctrina no ha hecho sino seguir el camino marcado por la doctrina extranjera, primero en Italia (BERLINI, GORLA, BONFANTE, etc. . .)³⁰ y luego en Francia³¹. Así, en la década de los treinta, del siglo XX, fue el italiano BERLINI³² quien creía que el criterio del valor económico comparativo entre suelo y edificación debía ceder a favor de la consideración del trabajo, del esfuerzo humano, debiendo éste convertirse, a modo germánico, en la máxima decisiva de qué es lo principal y qué lo accesorio

²³ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 329 a 331, considera que el principio *superficies solo cedit* representa hoy en día una situación trasnochada que no es justo mantener.

²⁴PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 234 y ss.

²⁵LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, T.III, *Derechos Reales*, Vol. 1º, Posesión y propiedad, Bosch, 1988, pág. 157; también, 3ª edición, Dykinson, Madrid 2008, pág. 132.

²⁶PÉREZ CÁNOVAS, N., “Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza”, *RCDI*, N.º. 586, 1988, págs. 735-760. También PÉREZ CÁNOVAS, N., La disociación jurídica de la plantación y el suelo, Ediciones TAT, Granada 1988, págs., 18 y 19. Su postura es contraria al aforismo romano, concretamente, plantea la crítica desde la óptica de las plantaciones y se cuestiona: ¿si no tiene mayor valor económico, social, paisajístico, la plantación forestal realizada en un terreno inculto y poco apto para el cultivo agrícola. . . ? Plantea una modificación de la normativa en materia de accesión, y entiende deseable que la misma se acometa de modo análogo a la realizada en Portugal respecto a su Código civil de 1966.

²⁷LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1008.

²⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 85 y ss., mantiene que de un tiempo a esta parte la regla “*superficies solo cedit*” no goza de buena prensa y le reprocha la postergación del valor trabajo, otorgándose preeminencia a la propiedad del suelo.

²⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 3068.

³⁰SANFILIPPO, C., Voz “Accesione (Diritto civile)”, *Novíss. Digesto italiano*, T. I, pág. 133 y ss, contempla el criterio de la función económico-social de la propiedad. BRUCCULERI, A., *La funzione sociale della proprietà*, Scuola tipográfica Don Luigi Guanella, Roma, 1942, pág. 3 a 49, analiza la función social de la propiedad en sus tres aspectos: jurídico, moral y económico. Y autores de la talla de BERLINI, LUCCI, FERRARA, SIMONCELLI, BONFANTE, reprochan al principio “*superficies solo cedit*” la postergación del valor del trabajo, dándose preeminencia a la propiedad del suelo, donde se ve reflejada la imagen absoluta y de poder absorbente de la propiedad romana. A ellos hace referencia CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 85.

³¹PLANIOL, ya en el s. XIX, popularizó en Francia la crítica al “*superficies solo cedit*” con el calificativo de “semibárbara” (*demibarbare*), Nota de Juris. Dalloz, 1892, 2, pág. 409. CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 86.

³²Citado por Díez Pícazo, op. cit., pág 848, por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 3074, y por CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 85.

tratándose de construcciones. Mas tarde, en la década de los cincuenta, destacará el francés LEVIE³³ que apoyado en BONFANTE³⁴, y en las justificaciones sociales, económicas y políticas que éste confería al aforismo *superficies solo cedit*, lo considera extemporáneo³⁵. En España, DÍEZ PICAZO³⁶ aúna ambas líneas críticas y entiende que el principio *superficies solo cedit*, como derivación de la regla *accessorium sequitur principale*, representa hoy un *anacronismo*. Afirma que no puede generalizarse la idea de que la tierra sea siempre lo principal, y lo construido sobre ella lo accesorio, pues la tierra no es otra cosa que un elemento que debe ligarse con otros para que la utilidad social aparezca. Considera posible que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al valor del suelo en sí mismo considerado, que haya necesitado una inversión de capital superior al valor económico atribuible al suelo, y en todo caso, una iniciativa o idea empresarial que debe también tenerse en cuenta adecuadamente. Ahora bien, para éste autor, ello no quiere decir que el constructor de buena fe, por este solo hecho, deba hacer suyo el suelo que construye, pero no ve ninguna razón seria para modificar en este punto los esquemas según los cuales *accessorium sequitur principale*, de modo que, solo una anticuada mentalidad podría pensar que necesariamente la tierra es lo principal.

En la misma idea abunda GARRIDO DE PALMA³⁷, autor pionero en acometer un análisis crítico del significado de la regla *superficies solo cedit* desde la perspectiva de un principio alternativo y opuesto al “principio de accesión”: el “principio de su-

³³DROSS, W., *Le mécanisme de l'accession. Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, these de l'Université Nancy II, 2010, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00457621>. Tesis doctoral que analiza la accesión industrial inmobiliaria desde una doble visión, como fenómeno y como conflicto de propiedades, estudia sus elementos y efectos, y analiza los distintos puntos de vista la doctrina y jurisprudencia francesa.

³⁴BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, 4ª edizioni, Milano, reeditada por Elibron Classics, 2006, pág. 92 y ss., advertía que la concepción quiritaria e individualista de la propiedad y el carácter rural y agrario propios de la sociedad romana en que se gestó el principio *superficies solo cedit* están superados, desfasados y que según los adagios “*natura o iure naturali superficies solo cedit*, o *aedificium solo cedit*, *omne quod inaedificatur solo cedit*”, se trataba de un principio absoluto y natural a la esencia del dominio en el pensamiento romano, y no una mera presunción *iuris tantum*, como ha sido asumido por el legislador italiano.

³⁵En tales términos se pronuncia dentro de la doctrina francesa, MARTY, J.P., *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude de droit de superficie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1979, pág. 63 y ss. También CARBONNIER, J., *Droit civil, 3, Les Biens*, 8ª édition, París, 1975, págs. 271 y 272, es partidario de la defensa de la riqueza social creada, con cita de BRISSÉ-SAINT-MACARY y de PLANIOL-PICARD, contextualiza su postura relativa a proteger el valor del trabajo, la riqueza creada, en la época de la Primera Guerra Mundial, concretamente, habla de la situación creada antes de la guerra de 1914: entonces existía consciencia de la dificultad para el *dominus soli* de obtener liquidez para el pago de las indemnizaciones a las que estaba obligado porque no siempre era él el capitalista, y no podía pagar como se admitía en Derecho antiguo. La devaluación del franco le da la vuelta a esa situación previa, el precio de la mano de obra y de los materiales era poco en comparación con lo obtenido por la plusvalía de los terrenos, hasta que la Ley de 17 de mayo de 1960 restablece el equilibrio. Tras detallar el contexto histórico defiende el trabajo, la conservación de los valores socioeconómicos y considera desfasado el principio *superficies solo cedit*.

³⁶DÍEZ PICAZO, op. cit., 848.

³⁷GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 150.

perficie”, a través del cual canaliza aquellas figuras que, según el autor, “modalizan” o “excepcionan” el principio romano, tales como el derecho de superficie, el de sobre-elevación, la propiedad horizontal o algunos de sus supuestos combinados. Según este autor, el principio *superficies solo cedit*, como derivación del poder absorbente del dominio en Roma, tal y como está rígidamente establecido en nuestro Código civil, debe desterrarse y en su lugar, frente al caso concreto de construcción hecha total o parcialmente en suelo ajeno con buena fe, resolver el conflicto de intereses de acuerdo con la función social de la propiedad, con la función económico-social que cumple la edificación, dando una solución objetiva en el sentido de mantener o conservar una obra socialmente útil para que de este modo, produzca el mayor beneficio posible a la comunidad. Y como solución al conflicto de intereses planteado, considera que, únicamente, se debe atender a la buena o mala fe de la persona, y a la valoración económica de las cosas unidas, para determinar cuál es la principal y cuál la accesoria, admitiendo, como regla general, que no tiene que serlo la tierra, sino que en ocasiones puede, perfectamente, serlo la construcción montada sobre ella.

Piénsese, afirma DÍEZ PICAZO³⁸, que desde este punto de vista la tierra, funcionalmente, es siempre un accesorio —el soporte de una construcción— y no es justo que la creación de riqueza y de utilidad social que el acto de construcción lleva siempre consigo, sobre todo cuando lo realiza un constructor de buena fe, dé lugar a un derecho del dueño del suelo, menos valioso que la obra, para adquirir ésta, eligiendo, además, entre abonar el estricto gasto realizado o el aumento de valor recibido.

Tales autores propugnan una nueva regulación legislativa que marque, a lo sumo, unas líneas “básicas, maestras, directrices”³⁹, para que sean posteriormente desarrolladas judicialmente sobre la base de la inversión del *superficies solo cedit*, y así poder detectar “lo principal” en la creación de riqueza socialmente útil, en la llamada “propiedad creación”, y no en el estático dominio del suelo o “propiedad posesión”⁴⁰.

Ésta pujante tendencia doctrinal ha culminado con el aniquilamiento del principio *superficies solo cedit* en algunos ordenamientos, véase el caso del Código civil portugués de 1966⁴¹, alabado por nuestro sector doctrinal más crítico y señalado como

³⁸DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 848.

³⁹GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 151.

⁴⁰ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 331. También, GARRIDO DE PALMA, op. cit., págs. 195 y 196, propugna una reforma legal que contemple como solución a los conflictos planteados en materia de accesión inmobiliaria, la aplicación de la regla *accessorium sequitur principale*, y sin derivar de la misma como algo fatalmente ineludible, la regla *superficies solo cedit*. Decidiendo en cada caso qué cosa es la principal y cual la accesoria conforme a las siguientes reglas de valoración: a) que no pueda triunfar nunca la mala sobre la buena fe; b) que se reconozca eficacia al trabajo, al riesgo y a la inversión, máxime si han redundado en una incorporación de buena fe sobre suelo ajeno habiendo mala fe en el *dominus*; c) que al aplicar la regla *accessorium sequitur principale*, se contemple el suelo con objetividad. . . Considerando cosa principal aquella a la que se ha unido otra para su adorno o perfección, con supresión de la rígida norma del 358 C.c. y con concesión de margen amplio al justo arbitrio judicial; d) que se establezca que la normativa legal es supletoria de la voluntad de los interesados, en todo caso, y permitiendo, si la accesión se aplica, que los interesados regulen sus efectos (por “modalización”).

⁴¹FERNÁNDEZ RODRIGUES BASTOS, J., *Código civil portugués*, 9ª edic., Coimbra, 1990.

modelo a seguir, cuyo artículo 1333⁴², parte como criterio para dar solución al conflicto de intereses planteado, y para determinar la atribución de la propiedad en caso de unión o incorporación de la consideración del mayor valor de una de las cosas incorporada con otra de distinto dueño, y de la buena fe del incorporante, invirtiendo el principio *superficies solo cedit* en el artículo 1340⁴³, cuando lo edificado o sembrado tenga mayor valor que el terreno ajeno en que se planta o siembra. Solución idéntica a la ofrecida en el artículo 1343⁴⁴, para el supuesto de construcciones extralimitadas de buena fe sin la oportuna oposición del *dominus soli*⁴⁵.

Ya dentro de nuestras fronteras, ha sido el legislador catalán, no exento de originalidad, el que ha llevado hasta sus últimas consecuencias lo que ya nuestra jurisprudencia hizo para resolver el supuesto no contemplado en el Código civil, el de las construcciones extralimitadas⁴⁶, con su doctrina bautizada como “accesión invertida”⁴⁷, generada

⁴²El artículo 1333 dice: “Unión o incorporación de buena fe. 1. Si alguien, de buena fe, une o incorpora objeto suyo con cosa ajena, de modo que la separación sea imposible, o siendo posible resulte perjuicio para alguna de las partes, haga suyo el objeto unido el propietario del objeto de mayor valor, con la obligación de indemnizar o entregar al otro, cosa equivalente. 2. Si ambas cosas fueran de igual valor y los propietarios no alcanzan acuerdo sobre cual se ha de quedar con el todo, ábrase licitación adjudicándose el objeto a aquél que mayor valor ofrezca. . . 3. Si los interesados no quisieran licitar, se venderá la cosa y cada uno de ellos percibirá del producto de la venta la parte correspondiente. 4. En cualquiera de los casos anteriores, el autor de la incorporación está obligado a quedarse con la cosa incorporada, aunque sea de mayor valor, si el dueño de ella prefiere la indemnización”.

⁴³El artículo 1340 refiere: “Si alguien de buena fe, construye una obra en terreno ajeno, o hace en él siembras o plantaciones, y el valor de las obras, siembras o plantaciones que abarcan la totalidad del predio, fuera mayor que el valor que éste tenía antes, el autor de la incorporación adquiere su propiedad pagando el valor que el predio tenía antes de las obras, siembras o plantaciones. . .”.

⁴⁴El artículo 1343 manifiesta: “Extralimitación de edificio en terreno ajeno. 1. Cuando en la construcción de un edificio en terreno propio se ocupe de buena fe una porción de terreno ajeno, el constructor podrá adquirir la propiedad del terreno ocupado, si han transcurrido tres meses después de la invasión sin oposición del propietario, pagando el valor del terreno y reparando el perjuicio causado, en particular el resultante de la depreciación del terreno resultante. 2. Se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior en relación con cualquier derecho real de tercero sobre el terreno ocupado”.

⁴⁵DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito Civil, Reais*, 5ª edic, Coimbra editora, 2012, págs. 301 a 309; CARVALHO MARTINS, A., *Acessão*, Coimbra, 1999, págs. 104 a 145.

⁴⁶Hoy en día son varios los Códigos que contienen una norma expresa y directamente aplicable a la disciplina del supuesto de construcción extralimitada. Sin ánimo de exhaustividad, los párrafos 912 y ss. del BGB, el artículo 674 del Código suizo, el artículo 54 del Libro V del Código holandés; en el marco el artículo 1258 del Código brasileño, y en un entorno próximo al nuestro, el artículo 1343 del Código portugués, así como el artículo 938 del Código italiano vigente.

DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Vol. I. *Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, 4ª edición, traducido por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro, editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 614, fundamenta la accesión invertida referida al Código de 1865 en la actuación simultánea “del respeto debido a la buena fe, la consideración de que no puede ser atribuido por partes el edificio que se apoya en propiedades diversas y entre el propietario del suelo y el del edificio es preferente por quién lo construyó, y finalmente, una especie de consentimiento tácito de parte del propietario del suelo que teniendo conocimiento de la obra no se opuso a ella defendiendo su propiedad”. El análisis de todas estas normas y doctrina podría llevarnos a pensar que la laguna existente en nuestro ordenamiento respecto a las construcciones extralimitadas es una *rara avis*. Y una posible justificación la podríamos encontrar en que cuando se publicó nuestro Código en 1889, no existía tal panorama normativo, máxime cuando idéntico silencio presentaba el Código francés de 1804, en el que se inspiró nuestro legislador. Tampoco se contemplaba en el Código austriaco de 1810, también tenido en cuenta para la redacción de nuestro Código civil.

⁴⁷Cómo síntesis de esta doctrina de la accesión invertida y a modo de preámbulo para entender los

a partir de la STS de 31 de mayo de 1949 (aunque alguna pista al respecto se pudo advertir ya, en las SSTs de 12 de diciembre de 1908⁴⁸ y de 30 de junio de 1923⁴⁹), para el supuesto de construcción emplazada parcialmente en terreno ajeno. Según esta doctrina⁵⁰, resulta antieconómica la aplicación rígida de los artículos 361 y ss. C.c. que disciplinan la hipótesis de construcción en suelo —totalmente— ajeno, ya que la misma conduce a la demolición obligatoria de la construcción, al menos, en la parte extralimitada o, a la constitución de una copropiedad, absurda o anormal⁵¹, por su forzosa división en línea vertical. En su lugar, el Tribunal Supremo propone, mediante una interpretación sociológica (ex artículo 3.1 C.c.), aplicar el artículo 361 C.c. de forma invertida, con base en un razonamiento sencillo: si el principio *superficies solo cedit* es concreción del más genérico *accessorium sequitur principale*⁵² y ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico del suelo, respecto del valor de

motivos del legislador catalán para invertir el principio *superficies solo cedit*, por el *solum superficiei cedit*, destacamos la STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/10052), recogida y traducida por la STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2001 (RJ 2002/5240) (que la segunda), la cual afirma: «La doctrina de la denominada accesión invertida o construcción extralimitada ha sido creada jurisprudencialmente para evitar los excesos que pudieran derivarse de una aplicación estricta de la adquisición de la propiedad por accesión, conforme al principio del derecho romano “*superficies solo cedit*” y realizar, así, una justicia conmutativa que quedaría ausente muchas veces de aplicarse sin matizaciones el viejo principio antes citado, que deriva de una concepción romana de la propiedad y de una sociedad sedentaria y, como tal, agrícola y patriarcal, que tenía como elemento nuclear la casa, concepción dominical contraria a titularidades compartidas e indivisas, y era la tierra a la que se incorporan los entonces poco valorados elementos mobiliarios: “*res mobilis res vilis*”. Los valores de una sociedad actual son prácticamente los contrarios y la jurisprudencia ofreció la solución al citado postulado consagrado en los arts. 358 y ss. C.c. a través de una interpretación sociológica que comienza con la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949».

⁴⁸En esta sentencia, nuestro más alto Tribunal aplica sin ninguna dificultad la segunda opción establecida por el artículo 361 C.c. para los supuestos de accesión de buena fe. Aunque tiene un valor relativo como precedente de la accesión invertida porque no va referida a la construcción de un edificio sino a la de un muro medianero que invade en parte el suelo vecino. Sentencia analizada por SÁNZ FERNÁNDEZ, A., op. cit., págs. 192 y 193.

⁴⁹En la STS de 30 de junio de 1923, se resuelve un caso típico de edificación en suelo propio y parcialmente ajeno. El supuesto de hecho se concreta en que el dueño de un solar edifica sobre el mismo ocupando también parte de la vía pública, sin haber obtenido licencia municipal. El Ayuntamiento presenta demanda suplicando la demolición de lo construido; pero el juez *a quo* y la Audiencia se limitaron a condenar al edificante a pagar el precio del terreno invadido, estimando que el edificante había procedido de buena fe, y que el Ayuntamiento no había usado de modo oportuno los derechos que le concedían los artículos 83 y 114 de la ley Municipal. El criterio fue confirmado por el Tribunal Supremo que se apoyó además en la circunstancia de haberse solicitado alternativamente por el Ayuntamiento, en ampliación de demanda, la indemnización del valor del terreno. Por lo que en esta Sentencia aunque marcó unas directrices, no se entró en el fondo de la cuestión respecto a la doctrina de la accesión invertida. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 193.

⁵⁰La doctrina del Tribunal Supremo en materia de construcciones extralimitadas en todas sus variables se recoge, a modo de resumen, en la obra de CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª edición, Dilex, Madrid, 2000, págs. 105 y 106.

⁵¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 3067 y ss.

⁵²PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J. I. “Reflexiones sobre la regla *accessorium sequitur principale*: partes, pertenencias y accesorios”, *RCDI*, N° 745, 2014, pág. 2542 y ss.

lo sobre él construido o plantado, resulta lógico que si el valor económico de la obra es mayor que el valor del suelo ajeno parcialmente ocupado, se concluya que lo principal es la obra y lo accesorio el suelo ajeno invadido. Queda de este modo invertida la fórmula *superficies solo cedit* y reemplazada o sustituida por la más amplia *accessorium sequitur principale*⁵³. Este mismo razonamiento es recogido en el Código civil catalán⁵⁴, en sus artículos 542-7 y 542-9 (equivalentes a los artículos 361 y 362 C.c.) que regulan, bajo la rúbrica las “Construcciones en suelo ajeno con valor superior de la edificación”⁵⁵ no sólo las construcciones extralimitadas, sino la accesión inmobiliaria general, y atiende en cada caso, al mayor valor del edificio invasor o del suelo invadido. Se da así, un giro de 180 grados hasta invertir el principio *superficies solo cedit*, para convertirlo en el principio *solum superficie cedit* o *solo cedit superficies* (como así dice la STS de 10 de diciembre de 1980), justificado en la necesidad de asegurar la buena vecindad, de proteger la riqueza inmobiliaria, el mantenimiento del decoro y ornato de las ciudades, el “ne urbis ruinis deformatur” del Digesto (D.43.3.7, de Juliano), o

⁵³ Así la SSTS de 3 de marzo de 1978 (RJ 1978/953), 24 de abril de 1980 (RJ 1980/1340), 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), 30 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4682), 1 de octubre de 1984 (RJ 1984/4750), 11 de marzo de 1985 (RJ 1985/1137), 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117), 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9229), 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9601), y 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584). Que consideran la doctrina de la accesión invertida como excepcional, de lo que se sigue la exigencia estricta tanto del supuesto para el que fue creada como de los requisitos que han de concurrir, por constituir al cabo una excepción a la regla general del artículo 361 C.c. (vid. STS 1 de octubre de 1984).

⁵⁴ Ya en el preámbulo de la Ley 25/2001 de 31 de diciembre sobre accesión y ocupación de Cataluña, antecesora de la actual redacción de 2006 del Libro V de su Código civil, rubricado “De los derechos reales”, se marcaron las líneas de la futura inversión del “*superficies solo cedit*”, ya que se afirmaban como principios rectores en materia de accesión inmobiliaria, el de buena o mala fe, el derecho de retención como garantía, y el mayor valor del suelo o de la construcción, sin rastro de la máxima romana *superficies solo cedit*, de gran tradición, no solo en el Reino de Castilla, sino en el propio de Cataluña, recogido expresamente en el Usatge: *Si quis in alieno* y más tarde en el artículo 278 de su Compilación. PEÑASCO VELASCO, R., “El fenómeno de la construcción referido a la figura de la accesión inmobiliaria, en el Libro V del Código civil de Cataluña”, *Diario La Ley*, Nº 7271, Sección Doctrina, 28 oct. 2009, Año XXX, Ref. D-334, La Ley, Madrid, 2009. Sin embargo, hay un sector doctrinal MARSALL GUILLAMET, ALONSO PÉREZ, que consideran que la máxima *superficies solo cedit*, sigue viva en el Derecho catalán, en el artículo 542-3 de su Código, referido al supuesto en que constructor y *dominus soli* son idéntica persona o aquél (arquitecto, constructor...) actúa por cuenta de éste. Se trata, sin embargo, de un precepto que como nuestro 353 C.c., simplemente menciona o define, de modo genérico, el fenómeno de la accesión. A lo que hay que añadir que cuando el edificante y el dueño del suelo son la misma persona o distinta, pero aquél obra por cuenta o encargo del este último, no hay verdadera accesión, sino ejercicio de la propiedad del suelo *iure proprio*. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Superficies...”, op. cit., pág. 3066.

⁵⁵ El legislador catalán ha sustituido la expresión accesión invertida, que evidentemente y a merced del adjetivo “invertida” tiñe de excepcional y hasta en cierto modo de connotaciones peyorativas una figura como la accesión, por la más natural y común “construcción en suelo ajeno con valor superior de la edificación”. PEÑASCO VELASCO, R., *De la accesión codificada del siglo XIX, a la accesión invertida del nuevo milenio y su relación con el principio de buena fe en la edificación*, Club Universitario, Alicante, 2009, pág. 45 y ss. Esta autora realiza un estudio pormenorizado de la evolución de la doctrina de la accesión invertida desde la Ley Catalana de 31 de diciembre de 2001, de la accesión y ocupación, hasta la Ley Catalana de 5/2006 de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

el “por apostura e por nobleza de las Cidades, e de las Villas; que las obras fueren y fechas, non las derriben por tal razón como ésta” de las Partidas (de la Ley 38, tít, 28, P. 3^a).

Ahora bien, de ser tan evidente esa razón económica empleada primero, para criticar el principio *superficies solo cedit*, desde el primer tercio del S.XX, y después para invertirlo, no se entiende por qué la codificación decimonónica no puso remedio y se procedió a su modificación por el legislador, tanto el europeo como el español, máxime tratándose de una materia de tanta transcendencia económico-social, como lo es, la del mercado inmobiliario.

No lo hizo el vigente Código italiano de 1942, cuando en sus trabajos preparatorios⁵⁶ eran de sobra conocidas y secundadas las críticas vertidas por autores de la talla de BERLINI y GORLA, entre otros. Como tampoco lo ha hecho nuestro legislador, consciente en todo momento de que la inversión era posible. Lo prueba, por un lado, el supuesto de hecho contemplado en el artículo 682 del Proyecto de 1836, que disponía “El que de buena fe hubiere ejecutado obras de gran consideración en finca ajena, de suerte que el valor de aquéllas supere al de ésta, se hará dueño de todo y sólo estará obligado a entregar al verdadero dueño el primitivo valor de la finca u otra igual a ésta”. Norma que finalmente no sería acogida por el Proyecto de 1851⁵⁷, y por otro, lo acredita el artículo 1325 del Proyecto⁵⁸ que sí pasará al Código de 1889 en el artículo

⁵⁶Así, por ejemplo, respecto al Proyecto de C.c. italiano de 1942, la Confederación Fascista de los Industriales manifestaba que “se debería abandonar la rígida aplicación del principio *superficies solo cedit*, dado que según algunos autores no se encuentra recogido en el código civil italiano ya que tiene su origen en el antiguo derecho de Roma, en la concepción político-territorial, que se tenía de la propiedad...”, y continuaban diciendo que “el derecho de adquisición de la construcción por el propietario del suelo o, viceversa, el derecho del constructor de adquirir la propiedad del suelo, quizá debería ser regulado de la misma forma, sólo en base a consideraciones de carácter económico, con la intención sobretodo de evitar desproporciones o determinados daños”. Apuntes históricos destacados por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *La Accesión horizontal en las construcciones extralimitadas*, Fundación Registral Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 92, nota 94.

⁵⁷La razón a tal precepto la encontramos en el respeto declarado por este Proyecto a los Fueros particulares o generales de España entonces vigentes, así el Fuero de Aragón invertía el principio *superficies solo cedit* tratándose de un molino que suple a otro derruido, o de una edificación hecha sobre suelo antiguo ajeno. Sin embargo, no se sabe a cierta ciencia la razón por la que finalmente no se optó por esta inversión del principio *superficies solo cedit*. Es muy probable que el legislador fuera consciente de que el criterio del valor, al ser relativo o variable, no podía por motivos de seguridad jurídica servir como criterio para determinar la principalidad y la accesoriedad.

⁵⁸Decía tal precepto “Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la propiedad o por la industria del marido o de la mujer, son ganancias... Lo serán también los edificios construidos en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca”. En nuestra doctrina, en aquel momento, el único que justificaba esta norma por considerar al edificio el elemento principal, por su mayor valor, respecto del suelo era MANRESA Y NAVARRO, J. M^a, que en sus *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid, 1904, pág. 155 y ss., defendía que “aunque el edificio no puede subsistir sin el suelo, tiene siempre mucha más importancia que éste, por lo que si la doctrina no se conforma con los principios satisface más a la razón”. Frente a tal consideración se erige SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág., 175, cuando manifiesta que “Esta consideración es claramente inadmisibles pues además de que en ella se confunde el

1404 párrafo 2º que, con carácter excepcional, consideraba ganancial la obra hecha en suelo privativo de un cónyuge con dinero ganancial⁵⁹, al entender de mayor valor la obra respecto al suelo. Su fundamento (de política legislativa), basado en razones de *interés público para promover la edificación*, como afirmaba en sus comentarios GARCÍA GOYENA⁶⁰, así como la norma en sí misma considerada, fueron duramente criticados, no tanto por suponer una excepción al principio romano, sino por la inconsistencia, debilidad e incluso inexistencia⁶¹ de tal fundamentación económica. Todo ello provocó finalmente su derogación en la reforma del Código civil de 1981 y la vuelta a los esquemas tradicionales del viejo aforismo romano, *superficies solo cedit*.

En definitiva, parece que ni aquella crítica, ni la derogación e inversión referida al principio *superficies solo cedit*, fundada única y exclusivamente en motivos socio-económicos, sean admisibles:

Por un lado, porque curiosamente esa misma realidad social y económica esgrimida para criticar e invertir el principio “*superficies solo cedit*”, es la que hoy vuelve a poner en tela de juicio la cuestión relativa al “pretendido” mayor valor de las edificaciones respecto al valor del suelo⁶², ya que en los últimos años de máximo desarrollo inmobiliario ha quedado demostrado que, *el que más gana y menos arriesga en el mercado de la edificación es siempre el dominus soli*⁶³, precisamente, por la escasez de suelo urbano vacante en contraste con la gran demanda, y porque el valor de los terrenos urbanos puede alcanzar valores muy superiores al presupuestado para la edificación. Así, ha quedado constatado, en los trabajos preparatorios del Código civil catalán donde se reconoce expresamente que el suelo suele representar más del 50 % del valor total

concepto jurídico de la accesoriedad con el concepto puramente económico, es claro que, de ser cierta esta consideración, puramente empírica, no habría motivos para limitar la regla al caso de la sociedad de gananciales, sino que habría que llevarla a todos los supuestos de edificaciones en suelo ajeno”.

⁵⁹RAMS ALBESA, J., “Las accesiones en la sociedad de gananciales” *A.D.C.*, mayo-agosto, 1985, págs. 401 a 403. También, *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 61 y ss.

⁶⁰GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T III, artículo 1325, Madrid, 1852, págs. 331 y 332. Explicaba GARCÍA GOYENA refiriéndose al supuesto de hecho contemplado en el artículo 1325 del Proyecto de 1851, precedente del artículo 1404.II de nuestro Código civil (hoy derogado): “Este segundo párrafo es contrario a todos los Códigos, al principio adoptado en todos ellos, *inaedificata solo cedunt*, y consignado en nuestro artículo 404 (actual 361) á las leyes citadas del Fuero Real y á la práctica. Según este párrafo, el edificio no sigue al suelo: el dueño de este solo tiene derecho á que se le abone la mitad de su valor: lo edificado será propiedad de la sociedad, y se reputará ganancia por todo el valor que á la sazón tenga, no porque sea gasto en edificar. Fundase esta excepción en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones. Un marido, por ejemplo, se abstendría de edificar con dinero propio o común en un solar dotal (sito quizá en uno de los mejores parajes públicos) por saber que el edificio irá a poder de su mujer ó de herederos estraños, y que no se reputará mejora sino lo rigurosamente gastado en edificar. El artículo presenta un cebo ó estímulo para el que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la mujer para ser propietario del edificio, y la seguridad de que en el caso contrario se reputaría ganancia todo lo que mas valga el edificio por cualquier género de gasto, aunque sean voluntarios ó de puro placer y ornato”.

⁶¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 174 y 175. Este autor concluye que lo gracioso del caso era que no existe fundamento alguno y ello “tanto jurídica como económicamente”.

⁶²

⁶³CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La accesión...* op. cit., pág. 92.

de la finca. También, en el VIII Congreso Notarial Español, sobre “Suelo y Vivienda en el siglo XXI”⁶⁴, en cuya conclusión 4ª se especifica que “el coste del suelo es —dejando al margen el coste de la ejecución— el factor principal del alza del precio de la vivienda”. Por ello, admitir que la clave de la inversión es puramente económica, es cuanto menos discutible. Y al ser el criterio del valor, un criterio relativo y variable, entendemos que debe ser criterio accesorio o secundario, no ya sólo para el *superficies solo cedit*, sino en general para la máxima *accessorium sequitur principale*. Lo primero, queda demostrado por la contingencia del mercado inmobiliario, y lo segundo, porque incluso en materia de accesión mobiliaria, el valor es siempre criterio subsidiario de primer grado aplicable en defecto de independencia (cfr. Arts. 376 y 377)⁶⁵.

En consecuencia, por razones de seguridad jurídica⁶⁶ y prudencia, no podemos hacer descansar la delimitación de lo principal y lo accesorio en el criterio exclusivo del valor de los bienes en lid, ya que al tratarse de una cuestión puramente económica, siempre dependerá de la libre competencia y de esa ley fundamental de todo mercado, cual es la de la oferta y la demanda.

Tampoco por razones de índole práctico, porque nos veríamos inmersos en un gran casuismo⁶⁷ si, ante cada supuesto concreto hubiera que valorar suelo y edificación para determinar qué es lo principal y qué lo accesorio.

Por otro lado, no hay que olvidar el carácter efímero de la edificación⁶⁸. Los edificios envejecen, se arruinan con el paso de los años y han de renovarse, hoy más que nunca por la incidencia de los planes urbanísticos, esto es, el edificio parece, mientras que el suelo permanece⁶⁹. Y como afirma SCAEVOLA, los edificios no pueden existir sin un sustentáculo, no pueden construirse en el aire, del mismo modo que ni las

⁶⁴MARTÍ FERRER, M., “Coste de repercusión del suelo”, *VIII Congreso Notarial Español, Suelo y vivienda en el siglo XXI, Madrid, 8,9 y 10 de mayo de 2003*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2005. De gran interés e ilustrativo de la cuestión relativa al coste del suelo urbano, dentro del llamado Tema II, la primera de las ponencias recogidas, presentada bajo el título “Coste de repercusión del suelo”, págs. 165 y ss.

⁶⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 98.

⁶⁶CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 94.

⁶⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 51.

⁶⁸PARADISO, M., *Il Codice Civile Commentario, L'accessione al suolo artt. 934-938*, diretto da Piero Schelesinger, Milano, 1994, pág. 18, defiende como en la moderna economía el suelo es susceptible de una gran variedad de posibles utilizaciones y aprovechamiento, destaca el uso agrícola, industrial, edificatorio, turístico, ambiental. Es más, critica que se afirme con carácter general que toda construcción conlleva un valor, una utilidad deseada por el propietario. En sentido parecido se pronuncia CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 378, considera que la cuestión de la determinación de la relación principalidad-accesoriedad entre suelo y edificación no es como pretende la doctrina y la jurisprudencia una cuestión económica y de valores en conflicto. Para él, el suelo no es una cosa más en el tráfico, sino un punto de imputación de multiplicidad de usos. No se puede valorar ahora lo que vale el suelo porque es relativo y cuando el Tribunal Supremo considera en los supuestos de extralimitación que lo construido es lo principal frente al suelo invadido está injustamente legitimando que las futuras plusvalías se las apropie el constructor y no el dueño de la parcela.

⁶⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 52.

plantas y semillas pueden brotar con sólo el trabajo del hombre⁷⁰.

En definitiva, en la construcción en suelo ajeno, si hemos de inclinar la balanza a favor de una de las dos partes en pugna, nos decantamos por la protección del *dominus soli* que es quien sufre una intromisión indebida en su terreno. Si se invirtiera con carácter general el principio *superficies solo cedit*, se estaría abriendo una peligrosa vía para que el constructor pudiera quedarse con aquel suelo que no se le quiso vender⁷¹. Realidad que se ha puesto de manifiesto en los últimos años con la experiencia negativa que ha traído consigo la vigencia de la doctrina sobre *accesión invertida*⁷², en cuanto que ha propiciado una actitud de los constructores (sabedores del juego a su favor de la presunción de buena fe, y de la carga de la prueba de lo contrario sobre el *dominus soli*), proclive a abusar de su posición, construyendo con extralimitación u ocupando terrenos enteramente ajenos, con cierta impunidad y la casi total seguridad de que los tribunales no adoptarían, por las razones apuntadas de protección de la riqueza creada, de conservar una obra socialmente útil⁷³, la solución más drástica de destruir

⁷⁰SCAEVOLA, “Comentario al artículo 358 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca, editorial Reus, Madrid, 1891, págs. 288 y 289.

⁷¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 53 y ss., pone de manifiesto los riesgos de una inversión con carácter general de la regla *superficies solo cedit*, puesto que no es nada fácil probar que el constructor que invadió el terreno ajeno o se extralimitó actuó con mala fe, y máxime cuando la carga de la prueba recae en el *dominus soli*.

⁷²RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASTAÑOS CASTRO, P., “La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia”, *RCDI*, nº 740, 2013, pág. 3878.

⁷³De “criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación” como fundamentación de la accesión invertida habla la STS de 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4742) y la de 190 de abril de 1988 (RJ 1988/3180). Fundamentación reproducida en las SSTs de Cataluña de 22 de julio de 1991 (RJ 1991/3905) y de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/10052), traducida, esta última, al español por la STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2001 (RJ 2002/5240) y que la reproduce: «La doctrina de la denominada accesión invertida o construcción extralimitada ha sido creada jurisprudencialmente para evitar los excesos que pudieran derivarse de una aplicación estricta de la adquisición de la propiedad por accesión, conforme al principio de derecho romano “*superficies solo cedit*”» y en relación a sus requisitos “Esta sentencia junto con las anteriores de 30-6-1923, 31-5-1949 (RJ 1949/721), 17-6-1971 (RJ 1971/3250), 23-10-1973 (RJ 1973/3805), 27-11-1984 (RJ 1984/5663), 12-11-1985 (RJ 1985/5582) y 19-4-1988 (RJ 1988/3180), señalan como requisitos de la accesión invertida los siguientes: a) que el instituto de la accesión viene regulado en función directa de la cosa principal, en cuyo favor ha de ceder la accesoria; b) que en materia de construcción extralimitada debe reputarse como principal lo edificado y como accesorio la porción de terreno invadida; c) que conjugando criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación debe respetarse siempre la indivisibilidad de la construcción; y d) que al dueño del suelo invadido asiste un indudable derecho a una compensación económica justa por la intromisión que ha de soportar como consecuencia de los principios anteriores y como obligado tributo a una relación de vecindad entre feudos”. Por otro lado, como expone la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/10052) con la inversión de la accesión se pretende «realizar una justicia conmutativa que quedaría ausente muchas veces de aplicarse sin matizaciones el viejo principio antes citado, que deriva de una concepción romana de la propiedad y de una sociedad sedentaria y, como tal, agrícola y patriarcal, que tenía como elemento nuclear la casa, concepción dominical contraria a titularidades compartidas e indivisas, y era la tierra a la que se incorporaban entonces poco valorados elementos inmobiliarios: “*res mobilis res vilis*”. Los valores de una sociedad actual son prácticamente los contrarios y la jurisprudencia ofreció la solución al citado postulado consagrado en el arts. 358 y ss. del Código civil a través de una interpretación

lo edificado.

Estos nuevos y reveladores datos han propiciado un cierto regreso a los esquemas tradicionales, al viejo axioma romano y a la aplicación más rígida⁷⁴ de los principios generales contenidos en el artículo 361 y ss. C.c., con una progresiva tendencia al abandono de la doctrina de la “accesión invertida” por su artificiosidad, por estar fundada en la existencia de una más que discutible laguna legal, y al rechazo del criterio económico como *ratio* empleada para discernir la principalidad y accesoriedad de los bienes en conflicto y como justificación de la crítica y aniquilación de la máxima romana.

El principio *superficies solo cedit* ha pervivido inmutable, desde el Derecho Romano hasta nuestros días, sin perjuicio de “supuestas excepciones” o “modalizaciones”, como las tiene también hoy en nuestro Derecho. Ha sido respetado en Las Partidas, en el Derecho del Reino de Castilla, y en el propio de Cataluña, recogido expresamente en el Usatge “Si quis in alieno”⁷⁵ y más tarde en el artículo 278 de su Compilación (hoy no en su Código civil), consagrándose en el Código civil español que ha permanecido inalterado, en materia de accesión inmobiliaria artificial⁷⁶, desde

sociológica, que comienza con la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949 y se consolida en las de 3 de mayo de 1959 y 17 de junio de 1961». De “razones de política económica, social y de buena vecindad” habla la STS de 29 de julio de 1994 (RJ 1994/6305), y en términos parecidos, en *obiter dictum* la STS de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6883) refiere “razones de equidad y justicia para evitar la demolición de lo edificado y afectar substancialmente a la actividad empresarial” que en el edificio construido se lleva a cabo.

⁷⁴Así lo justifican RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3877, en cuyo estudio jurisprudencial hacen referencia a ésta nueva línea jurisprudencial, mucho más rigurosa a la hora de acordar la inversión del principio romano *superficies solo cedit*, concretamente citan una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de junio de 1993, según la cual exige, de forma *implícita pero indudable*, que *quien pretenda ejercitar al caso la doctrina de la accesión invertida, debería, demostrar, entre otros presupuestos que el valor de lo edificado es superior al valor del suelo mismo ocupado*, de modo que se aplicarán las reglas generales de los artículos 361 a 364 si el valor del suelo es superior o no se acredita lo contrario. También hacen referencia a la STS de 1 de octubre de 1984 que resalta el carácter excepcional de la doctrina de la accesión invertida en los términos siguientes: “La antecedente doctrina legal es excepcional para una laguna legal, de lo que se sigue la exigencia estricta tanto del supuesto para el que fue creada como de los requisitos que han de concurrir, por constituir al cabo una excepción a la regla general del artículo 361 del Código civil”. Carácter excepcional que también subraya la STS de 8 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9592).

⁷⁵Decía el Usatge “Si quis in alieno”: “Si alguno con materiales propios edificare casa en suelo ajeno, sea la casa de quien sea el suelo; pero si hubiere edificado de buena fe, creyendo suyo el suelo, podrá retener la casa hasta que se le reintegre del precio de los materiales y salario de los operarios; pero si lo hiciere de mala fe, sabiendo que edificaba en suelo ajeno contra la voluntad del dueño, se presume que tuvo la intención de donar. Pero si, siendo inquilino arrendatario, abandonara voluntariamente la casa, sin culpa del dueño ni forzado por alguna necesidad, no recobrará el precio de los materiales ni el del trabajo de las operaciones; mas si abandonare la casa por culpa del dueño, o forzado por la necesidad, así como por hambre, en aquella región, o por guerra o coacción de algún poderoso. Entonces estará obligado el dueño a entregarle el precio de la materia, compensando si alguna adeudara por el alquiler de la casa; y cualesquiera de las cosas que se han dicho de aquel que edifica de buena o de mala fe, deben entenderse también todas ellas de aquel que siembra, planta o desmonta una selva infructífera”.

⁷⁶Otra cosa distinta es lo sucedido en sede de accesión inmobiliaria natural, donde el Código civil ha cedido su aplicación a favor de una norma especial, la Ley de Aguas. Aunque la redacción del Código ha mantenido una influencia decisiva en la redacción de las distintas leyes especiales de aguas en lo

su redacción originaria de 1889, hasta hoy y, *probablemente, por mucho tiempo*⁷⁷.

1.2. Plena vigencia en España del principio *superficies solo cedit* desde Roma hasta nuestros días. Su fundamento y su recepción en el artículo 358 C.c.

1.2.1. Apuntes históricos. *Superficies solo cedit*, significado y evolución

En Roma nunca se construyó una teoría general de la accesión, como modo de adquirir la propiedad. Conocida es la repulsa de los juristas romanos a las construcciones generales; su mentalidad práctica, conectada íntimamente con la realidad social del momento, les hacía estudiar el problema específico que acuciaba al ciudadano⁷⁸. El Derecho romano era un derecho de casos concretos, no de construcciones generales. A sus jurisconsultos no les preocupaba las construcciones jurídicas brillantes, ni las definiciones perfectas (*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut subverti non potest*)⁷⁹, sino sólo aquellas reglas claras, precisas y sencillas que servían para resolver problemas concretos de la vida cotidiana⁸⁰.

Por ello, el término “accessio” y el verbo “accedere” que normalmente se encuentran en las fuentes romanas, aunque pertenecientes al lenguaje de los juristas, eran empleados carentes de un significado técnico definido para indicar cualquier aumento o disminución que una cosa recibe y, en el campo patrimonial, aludían a todo incremento del patrimonio, en contraposición a los términos “decedere” y “decessio” que indicaban disminución o empobrecimiento del mismo⁸¹. Insistiendo en lo expuesto, BRANCA⁸² señala que la palabra “accessio” en las fuentes, presentaba significados muy diversos. En ocasiones, iba referida a una mera situación fáctica en la que una cosa accesoria se encontraba en situación de subordinación respecto a otra a la que

relativo a la accesión.

⁷⁷CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. op. cit., pág. 100.

⁷⁸GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 145.

⁷⁹D, 50, 17, 202: “en derecho civil, toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada”.

⁸⁰GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano, acciones, casos, instituciones*, 1ª edic. abreviada, Ed. Dykinson, Madrid, 1993, pág. 36.

⁸¹SANFILIPPO op. cit., pág. 129 y ss., el tenor literal de sus palabras dice así: “pero los términos accederé, accessio che con frecuencia se encuentran en las fuentes romanas, son empleados con significado general, para indicar todo aumento, todo incremento de una cosa y, en el campo patrimonial todo incremento del patrimonio, en contraposición al término decedere, decessio, che indican toda disminución o empobrecimiento patrimonial”.

⁸²SANFILIPPO, op. cit., págs. 129 y 130; también, en SANFILIPPO. C, Voz “Accessione (Diritto Romano)”, *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di Mariano DAMelo, con la collaborazione de Antonio Azara, Torino, 1937, págs. 64 y 65; autor que es citado por DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pág. 278.

podía o no estar unida materialmente, de modo que la cosa accesoria seguía o podía seguir la suerte de la principal. Otras veces, aludía a la realización de un hecho por virtud del cual una cosa por su fuerza interna o por aportación externa se completa, se engrandece o se enriquece⁸³ o, finalmente, hacía referencia al hecho productor de la consecuencia jurídica de atribuir al propietario de la cosa lo que la enriquece, la completa o engrandece.

Ahora bien, al margen de la cuestión terminológica, es cierto, como afirma BONFANTE⁸⁴, que en las fuentes romanas sí que se observa un grupo homogéneo de supuestos concretos que, para entendernos, dice, denominaremos *accesión*, en los cuales, el propietario de una cosa considerada principal adquiere la propiedad de otra considerada accesoria, cuando esta última se une con la primera de tal modo, que diera lugar a un todo único e inseparable⁸⁵.

Y es que para el Derecho romano la doctrina de la accesión fue especialmente clara y nítida y su incidencia mínima, ya que el dominio, tal y como era concebido por los romanos, no tendía a la expansión, ni tampoco a la absorción, sino a la delimitación⁸⁶. Cuando había adherencia, el jurisconsulto romano lo que pretendía era deslindar el derecho respectivo de cada uno de los propietarios, y si la unión resultaba irreversible, el derecho a reivindicar del propietario quedaba latente, en suspenso en tanto en cuanto persistiere la unión, salvo que la misma se hubiera realizado a sabiendas, dada la repugnancia romana a la mala fe y a admitir, en tal caso, la adquisición definitiva de la propiedad por el dueño de la cosa principal.

Siendo el Derecho romano un derecho de casos, parece ser que el más antiguo que se planteó en la materia que ahora analizamos fue el de la *inaedificatio*⁸⁷, *tignum junctum aedibus vineae*, germen del principio "*superficies solo cedit*". Supuesto recogido en las XII Tablas (XII T.,6,8), acaso codificando una norma de derecho consuetudinario y resuelto en el sentido de que el propietario de la viga introducida en edificio ajeno o de las estacas clavadas en viña ajena, no podía retirarlas *ne solvito*, y pasaban a ser propiedad del *dominus soli* mientras subsistiera lo edificado o lo plantado. En realidad, lo que ocurría era que el propietario de la viga o *tignum* conservaba su dominio en estado de quiescencia⁸⁸ y quedaba paralizada la *actio ad exhibendum* y

⁸³Se *completa*, -v. gr., el edificio con las tejas, se *enriquece* v. gr., el fundo con los frutos, se *engrandece*, v. gr., el fundo con un pedazo de tierra. DÍEZ PICAZO op. cit., pág. 278.

⁸⁴BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. 2º, *La proprietà*, 2ª parte, Giuffrè editore, Milano, 1968, pág. 92 y ss.

⁸⁵Definición que recoge SANFILIPPO, op. cit., pág. 129, "Se entiende comúnmente por accesión, la adquisición de la propiedad que el propietario de una cosa, considerada principal, hace de otra, considerada accesoria, cuando esta última viene a unirse con la primera de tal forma que constituyen un todo inseparable". BONFANTE, op. cit., pág. 98, habla de "conjunción orgánica o de aquella unión que para la conciencia económico-social se reputa como orgánica y definitiva, en cuanto se funden las dos cosas se funden en una sola cosa".

⁸⁶El supuesto considerado como el antecedente más remoto de la accesión, y en concreto del principio objeto de la presente tesis "*superficies solo cedit*", no es tal, sino un supuesto de "dominium dormiens" como así lo defiende ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 276, nota. 5.

⁸⁷DÍEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 278.

⁸⁸Afirma GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones, Casos, Instituciones*, 5ª

la posterior *reivindicatio* hasta la destrucción⁸⁹, si así ocurriere, de lo construido o de lo plantado⁹⁰, y como compensación a la paralización de su dominio, el dueño de los materiales podía obtener una indemnización por medio de la *actio de tigno iuncto*⁹¹.

En Roma, sólo cuando la unión era irreversible, e imposible deslindar señoríos dominicales, entraba en juego la accesión como propagación o expansión, por vía excepcional, del dominio de la cosa principal a la secundaria que se le incorpora⁹².

La accesión, así delimitada, exigía tres elementos constitutivos⁹³:

1. La unión de dos cosas que debía ser irreversible. Ello no supone asimilación completa de la cosa accesoria a la principal, sino incorporación, que es una categoría intermedia entre la independencia y la asimilación.
2. Una de las dos cosas debía tener carácter accesorio, secundario o menos relevante. La cosa accesoria está destinada a unirse con la principal y subordinarse a ella. Su vocación es precisamente servir al destino de la principal de la que depende. La principal —*princeps*: primero— supone una entidad prioritaria, de

edición, Dykinson, Madrid, 1991, pág. 215, que en las fuentes romanas encontramos otros supuestos de “dominium dormiens” (Gayo, 2 cott. D. 41.1.7.10 y 12), donde el jurisconsulto romano da respuesta a un caso en el que un propietario (Cayo) edifica en un solar con materiales ajenos (Ticio), en los siguientes términos: «El dueño del solar es el propietario del edificio, ya que todo lo que se construye accede al suelo (en que se construye), pero no por ello el propietario de los materiales deja de serlo sino que tan sólo se le impide reivindicarlos o reclamarlos por la acción exhibitoria, en virtud de las XII Tablas, en la que se dispone que nadie está obligado a extraer de su casa una “viga” ajena unida a ella, sino que tan sólo pague el doble del valor sustraído (*actio in duplum*); y con la palabra “viga” se entiende cualquier clase de materiales con los que se construyen los edificios; por lo tanto, si el edificio se derriba por alguna causa, el propietario de los materiales podrá reivindicarlos o pedirlos por la acción exhibitoria».

⁸⁹En caso de derribo o destrucción de la edificación, el propietario de los materiales podía reivindicarlos por la acción exhibitoria. GARCÍA GARRIDO, op. cit., págs. 331 y 332.

⁹⁰Esta resistencia de los juristas clásicos romanos a la accesión, se aprecia en el rechazo a la adquisición de los incrementos fluviales, también en los supuestos de “isla nacida en el río” y “cauce abandonado” donde no hay conjunción ni a menudo accesividad, se trata mas bien de una adquisición que depende de las relaciones de vecindad entre la isla y el cauce, pasados a ser *res nullius*, y el fundo ribereño.

⁹¹La naturaleza de esta acción, los supuestos en que procedía y su cuantía han sido cuestiones muy polémicas y discutidas por los romanistas. Originariamente era una acción penal y la cantidad pagada no era en concepto de indemnización, sino de pena. Es indiscutible su aplicación en el supuesto de *tignum furtivum*, es decir, en el caso de que los materiales fueren hurtados, en cambio es muy discutible su ejercicio en el supuesto de *tignum alienum*. En cuanto a la cuantía de la indemnización, era el doble del valor de las cosas y de ahí que algunos romanistas la llamen *actio in duplum*. Sin embargo, se admite que en caso de mala fe del dueño de los materiales, la indemnización fuese inferior al *duplum* y PAMPALONI, considera que en caso de hurto de los materiales, esto es, en el *tignum furtivum*, la indemnización consistía en el cuádruplo. Fue JUSTINIANO quien convirtió la acción en mixta, y el *duplum* se pagaba por vía de pena e indemnización, de ahí que en caso de haberse pagado el doble, el dueño de los materiales perdiera definitivamente la propiedad de los mismos y por tanto no pudiera reivindicarlos ni aún después de la separación. SÁNZ FERNÁNDEZ, A., “Edificación en suelo ajeno: sus problemas”, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 22 de marzo de 1947, pág. 131.

⁹²ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 277.

⁹³Enumeración realizada por ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 277.

importancia destacada; la accesoria —de *accederé*, unirse o acercarse— implica movimiento de una cosa para incorporarse a otra y depender de su función y destino.

3. Desaparición de la titularidad dominical independiente sobre la cosa accesoria. El propietario de la principal expande su derecho o accede al dominio del todo indisoluble resultante. Hay un desarrollo de la propiedad de la cosa principal que sujeta a la accesoria al derecho de la misma persona.

Su principio rector se encontraba en el axioma “lo accesorio sigue a lo principal”⁹⁴, esto es, cuando dos cosas pertenecientes a distintos propietarios se unen de tal modo que forman un solo y único todo, inseparable e indivisible, y una es considerada como cosa principal y otra como cosa accesoria, el propietario de la principal se hace dueño de la cosa accesoria o incorporada⁹⁵. Y como derivación o consecuencia de tal principio, “si lo que se une o incorpora a suelo ajeno es una edificación, plantación o siembra, lo accesorio es, siempre, esto último respecto al suelo”⁹⁶.

Y es que, en materia inmobiliaria, para el pueblo romano, el suelo, la tierra, ha sido siempre lo principal, siendo lo accesorio lo edificado, sembrado o plantado⁹⁷. El *dominus soli* adquiriría siempre lo incorporado o unido, y el incorporante, a lo sumo, podía tener derecho a un resarcimiento económico, porque a efectos jurídico-reales, para el efecto atributivo de la propiedad, bastaba con el principio *superficies solo cedit*⁹⁸.

Ahora bien, precisamos que en Roma tal principio no fue de aplicación absoluta e ilimitada, al menos en la época justiniana, pero sí constante. Las construcciones unidas a la tierra cedían al suelo siempre que la incorporación fuera permanente o es-

⁹⁴GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 148.

⁹⁵ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 277.

⁹⁶Gayo, en la Instituta (2.73), luego recogido en el Digesto, afirma “Praeterea id quid in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quemuis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia *superficies solo cedit*”, “Por otro lado, lo que otro edifica en terreno nuestro, aunque lo edifique por su cuenta, se hace nuestro por derecho natural, porque la construcción cede al suelo”, el mismo jurista se reafirma en el D.43.18.2. (Ulp. 70 ed.) “civil et naturali iure eius est cuius et solum” “la regla natural de que lo edificado pertenece al dueño del suelo”, y en idéntico sentido encontramos el axioma romano proclamado en el D.43.17.3.7. (Ulp. 69 ed.) “semper enim superficies solo cederé”, “Lo construido debe acceder siempre al suelo” y en D. 46.3.98.8. (Paul. 15 quaest.) “pars enim insulae aérea est et quídam máxima cui etiam superficies cedit” “El solar es una parte de la casa e incluso lo edificado es accesorio respecto a él”. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho civil Romano* (Corpus iuris civilis). Texto de Kriekel Hermann y Orenrugen, traducción a dos columnas de Ildefonso García del Corral, T. I Instituta-Digesto, T. II. y T. III, Barcelona, 1889, 1892 y 1897, respectivamente.

⁹⁷PEÑASCO VELASCO, *De la accesión codificada...*, op. cit., pág. 10.

⁹⁸En Roma en caso de edificación, la separación de materiales incorporados quedaba legalmente prohibida por el precepto decenviral: XII Tab. 6, 8: *tignum iunctum aedibus vineaeve... ne solvito* (D. 47. 3), pero era posible la *actio de tigno iuncto al duplum* contra el que hurtó aquellos materiales; también la *actio ad exhibendum* por haber dejado dolosamente de poseerlos como tales materiales y la reivindicatoria sobre los mismos cuando se produzca la separación por fuerza mayor o lícita demolición, sin atención al evento de la usucapión del edificio. D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 1997, págs. 168 y 169.

table⁹⁹, no para fines pasajeros, y formara parte integrante esencial del *solum* participando de su mismo destino. Señala BIERMANN¹⁰⁰, cómo los romanos se preocupaban por la conservación de la obra construida, de modo que la posibilidad de solicitar la separación o vuelta a su estado primitivo se entendía al acabar el estado posesorio y siempre que con ello no se destruyera la *inaedificatio*.

En definitiva, en un imperio con cincuenta millones de habitantes, no se sentía la necesidad de otorgar relevancia especial a edificaciones y plantaciones. Había espacio suficiente para vivir y plantar. El suelo, fue para aquel mundo cultural expresión de todo un ordenamiento centrado en el cultivo del *fundus instructus* y en la unión de solar con la casa como un todo inescindible, donde tienen su origen las instituciones jurídicas que el derecho romano nos legó: la familia, con sus exigencias de culto y religión, la propiedad como plenitud de atribuciones en el *paterfamilias*, y la herencia como perpetuación del patrimonio familiar *in aeternum*, constituido por la tierra, los penates, y los elementos (*instrumentum fundi*) a aquella incorporados. Pueblo sedentario e industrial, para el que la tierra era el elemento básico de su desarrollo cultural y político, a diferencia del pueblo germánico, belicoso y nómada, donde la propiedad recaía directamente sobre objetos transportables como maderas, pieles, telas, con independencia de la propiedad inmueble del suelo.

Se explica así, la postura del Derecho germánico¹⁰¹, en el que no rigió el principio de accesión¹⁰², sino el principio del trabajo y, por tanto, era propietario de la construcción quién la había edificado o construido, al igual que ocurría con lo sembrado o plantado, es más, incluso en determinados supuestos muy concretos (Carta Farfense del año 794)¹⁰³ el suelo pasaba a ser propiedad del incorporante¹⁰⁴. Surgía así, una

⁹⁹El único requisito exigido por los textos romanos para la *inaedificatio* es que las cosas unidas perdieran su individualidad con carácter permanente o estable. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 120.

¹⁰⁰Citado por CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 100, 176 y ss. También, GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 146.

¹⁰¹FALCON, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, T. II., 3ª edición, Barcelona, 1888, págs. 43 y 44.

¹⁰²Advierte WOLFF, en ENNECERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Derecho de cosas*, T. III, Vol. I, *Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad*, traducción española y notas de adaptación por B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1936, págs. 431 a 434, 441 a 443, que en materia de accesión de mueble a inmueble, ex § 946 BGB, en relación con otros párrafos, concretamente los §§ 93, 94 y 949, rige el principio *superficies solo cedit*, siendo el suelo la cosa principal aunque el valor del mueble sea superior, porque el bien se convierte en parte integrante esencial del inmueble, porque conforme a su párrafo 93 no son posibles derechos separados sobre las partes integrantes esenciales o no esenciales. Nos explica ENNECERUS que el concepto de “parte integrante” se determina a tenor de las concepciones del tráfico o, siempre y cuando no pueda averiguarse cuales sean éstas o si son diversas en los círculos interesados, conforme a puntos de vista económicos. La razón de este criterio es que el ordenamiento jurídico tiene por misión evitar la destrucción de valores económicos por la separación de las partes de las cosas.

¹⁰³GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 146.

¹⁰⁴DE LOS MOZOS, J.L., “El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística”, *Ministerio de la vivienda*, Madrid, 1974, págs. 250, 251, entre otras, es muy crítico con ese sector doctrinal, dice que su entusiasmo al observar cómo los pueblos germánicos desconocen el principio de accesión “no deja de ser un poco ingenuo, ya que desaparecido el límite que haga posible el derecho de superficie, precisamente como derogación del principio”*superficies solo cedit*“, desaparece

propiedad de las edificaciones separada de la propiedad del suelo, que se desenvolvía al margen del principio *superficies solo cedit* como objeto independiente del tráfico jurídico. Incluso, cuando la piedra se comenzó a emplear en las construcciones dificultando su transporte y la destrucción por el fuego, los Estatutos de las ciudades alemanas, seguían inspirándose en el antiguo criterio, en el principio del trabajo, y concedían al constructor el derecho a trasladar la casa, si es de madera, o de exigir indemnización si es de piedra, o le autorizaban para derribar manteniendo los umbrales como parte integrante de la finca¹⁰⁵.

No obstante lo anterior, el concepto excepcional y rigurosamente técnico de la accesión en Roma cuya incidencia era, además, mínima, pues sólo entraba en juego en el caso de unión irreversible e imposibilidad de deslinde de señoríos dominicales, se oscurece en el *ius commune*. Fueron sus intérpretes los que en su afán generalizador tomaron esas soluciones concretas a los diversos problemas que la vida cotidiana planteaba a sus jurisconsultos y llevaron a cabo la construcción del derecho de accesión, como categoría unitaria o teoría general¹⁰⁶, tal como en esencia ha pasado a los códigos

también la autonomía y sustantividad del derecho, pues ya no es necesaria tal institución para que la superficie pueda gozar de una vida jurídica propia separada del suelo sobre el que recae” añade como el afán de contraponer la tradición germánica a la romana, ha llevado a un sector doctrinal a elaborar frente al principio de accesión, el del trabajo, lo que no pasa de ser una “trivialización” de la realidad, ya que es simplemente el reflejo de un estado social y económico totalmente diferente del romano. En definitiva una situación social y económica diferente da lugar a un concepto distinto de propiedad. El nomadismo, el aprovechamiento pasajero de tierras libres y las construcciones de madera y paja de la vivienda hacen inconcebible el principio *superficies solo cedit*. Vid, también OROSA ROLDÁN, M. A., “Accesión Invertida”, *Diario La Ley*, tomo 2, La Ley, 1985, págs. 1270 y ss.

¹⁰⁵GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 146. Este autor destaca el magnífico y poco conocido trabajo de VILLENA GARCÍA, sobre el derecho de superficie, del que recoge las referencias históricas aludidas.

¹⁰⁶La construcción de la teoría general sobre la Accesión, comprensiva tanto de la accesión discreta o por producción, como de la accesión continua o por unión o incorporación, se lleva a cabo a través de tres fases: 1) la primera, la encontramos en la Glosa, donde se agrupan en un solo concepto “accesio”, la adquisición por el propietario de los frutos, la adquisición por conjunción de cosas y los incrementos fluviales. Como se aprecia, la unificación resulta incompleta al quedar fuera de la “accesio”, la “confusio”, la “conmixtio” y la “inaedificatio”, configurados en la Glosa como modos de adquirir la propiedad, autónomos e independientes de la accesión; 2) una segunda fase, la hallamos en los comentaristas que pertenecen a la corriente humanista que siguen el método sistemático de reordenación del *Corpus Iuris* (CONNANO, DONELLO, VINNIO y VOET), quienes en su intento por clasificar los modos de adquirir el dominio, dan a un primer paso englobando en la accesión la *specificatio* y la *confusio*. Concretamente VINNIO, influido en su pensamiento por DONELLO, intenta reducir la multiplicidad de modos adquisitivos regulados en las *Institutiones* de Justiniano a dos: adquisición por hecho del hombre (ocupación), y adquisición como consecuencia natural del derecho de propiedad (*vi ac potestas rei nostrae*) que comprende la *foetura*, por un lado, y la *accesio* propiamente dicha, por otro. VULTEIO, movido por idéntico interés divide en cuatro los modos de adquirir: ocupación, tradición, especificación y accesión, admitiendo la posibilidad de que los mismos se reduzcan a dos: aprehensión, comprensiva de la ocupación y de la tradición, y accesión, comprensiva de la especificación y de la accesión, propiamente dicha. En general, la doctrina de esta época dada su formación humanista y sistemática, trata de buscar una *ratio naturalis* lógica que actúe de modo casi necesario y ofrezca una explicación a todo el amalgama de supuestos adquisitivos denominados “accesio” por la Glosa. Para unos autores, como VULTEIO, CONNANO y VOET, esa razón está en el principio “*accessorium sequitur principale*”. Para otros, como DONELLO y VINNIO, la razón está en la fuerza expansiva del dominio; 3) la unificación de estas dos corrientes se produce en una tercera fase, donde encontramos autores de la talla de PUFENDORF, THOMASIVS, BERGER y POT-

gos latinos, e hicieron del axioma romano, *superficies solo cedit*, un dogma de fe, un principio absoluto.

1.2.2. Fundamento del principio *superficies solo cedit*

Nos interesa conocer el motivo por el que el Derecho romano dio a luz¹⁰⁷ un determinado principio en virtud del cual, el propietario de una viga empotrada en casa ajena no podía ejercitar la *actio exhibendum* y posterior *reivindicatio* de su bien. Debemos plantearnos el por qué los juristas romanos decidieron incluir la hipótesis de la *inaedificatio* dentro de los supuestos de mutación dominical consecuencia de un *accedere*, y correlativamente, como derivación de esto, por qué el constructor en suelo ajeno o el propietario de los materiales incorporados en suelo ajeno, no puede retirarlos y pasan a ser propiedad del *dominus soli*. En definitiva, por qué el principio *superficies solo cedit*.

Es claro que podía haberse adoptado otra solución distinta, a saber: que sea lo edificado siempre lo principal y lo accesorio el suelo, a modo germánico, valorando el

HIER, el primero de ellos, PUFENDORF perteneciente a la escuela del racionalismo jurídico, ocupa un lugar destacado en la historia y formación del dogma de la accesión. En su obra *Elementa iurisprudentia universalis*, cuando trata la adquisición del dominio distingue claramente la *occupatio* de lo que él denomina «incrementos y frutos que nos acceden» «nobis accedant» y hace una clasificación tripartita: los «incrementos que nos acceden» (accesión) pueden ser, naturales, artificiales o mixtos, e insiste en esta idea en su obra posterior «De iure naturae et Gentium», donde nuevamente distingue la ocupación de la que se ocupa en el libro 6º, de las «adquisiciones de las accesiones» a las que dedica su libro 7º, donde analiza las siguientes figuras: los frutos (naturales y civiles), los fetos de los animales, la plantación y siembra, la edificación, la *scriptura*, la *tabula picta*, la *purpura (cedit) vesti*, la *specificatio*, el aluvión, las accesiones fluviales (el *alvelus*). No obstante lo anterior, el paso definitivo en la creación de la teoría unitaria de la accesión lo da POTHIER, cuya construcción doctrinal pasará a los códigos decimonónicos. POTHIER sigue las huellas de la Escuela de Derecho Natural, y en particular de las Instituciones de VINNIO y de Los Comentarios de VOET. La accesión, dice, es un modo de adquirir el dominio que es de Derecho natural, y en su virtud, todo lo que es una dependencia o un accesorio de otra cosa es adquirido de pleno derecho por aquel a que ésta cosa pertenece «*vi ac potestate rei suae*». Una cosa es accesorio a la nuestra, dice POTHIER, o porque es un producto de ella o porque ha sido unida a la misma; y esta unión se forma naturalmente o, por el hecho del hombre y añade, todo lo que mi cosa produce se considera como una especie de acrecimiento o de accesorio de la misma y yo adquiero su dominio por derecho de accesión, y cuando una cosa se une con la que me pertenece, de modo que ambas vienen a formar un solo y único todo, del cual mi cosa constituye el principal elemento de ese todo, el dominio que tengo sobre mi cosa me hace adquirir, por derecho de accesión «*vi ac potestas rei meae*», el dominio de todo aquello que se ha unido a esta cosa y que de ella forma parte. Y quedan, de este modo, perfectamente delimitadas las dos grandes clases de accesión, la discreta y la continua. Antecedentes históricos extraídos de ÁLVAREZ SALAMANCA, M. P.: «La formación histórica del modo de adquirir denominado accesión», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, 2º semestre de 2007, Chile, págs. 61 a 117 (<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n29/a02.pdf>). También en DíEZ PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *RCDI*, Nº 455, 1966, pág. 835 y ss. Afirma este autor que los glosadores elaboraron un instituto de sentido unitario, haciéndose la ilusión así de interpretar el Derecho romano También de la obra de POTHIER, J., *Tratado del derecho de dominio. De la propiedad*, T. VII, trad. M. Deó, notas y concordancias A. Elías de Molins, Madrid, 1882.

¹⁰⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 85.

trabajo, como hemos visto; o mantener separados los dominios de suelo y vuelo; o que se parta de la consideración del suelo como elemento principal, aunque excepcionalmente también podría serlo la construcción, con base en la concurrencia de los criterios de buena fe, valoración y destino económico-social de las cosas unidas; o por último, considerar como principal lo que en cada caso concreto resulte serlo en atención a los principios apuntados. Porque una cosa es que “lo accesorio siga a lo principal”, como *ratio* última que legitima ese efecto atributivo, pero regla muy distinta es que lo accesorio tenga que ser forzosamente el vuelo respecto al suelo¹⁰⁸, esto es, *superficies solo cedit*.

MAROI¹⁰⁹, apunta una idea muy sugestiva, cuando trata de fundamentar la tesis romanista: suelo y casa en Roma, constituyeron un todo inseparable, orgánicamente unido, porque en Roma la casa llevaba aparejadas exigencias de culto y constituía una imagen plástica de la familia. Y como el elemento estable y fijo, perdurable siempre, ha sido el suelo, la edificación se consideró en todo caso como accesorio de aquél¹¹⁰.

Para GARRIDO DE PALMA¹¹¹, sin embargo, hay algo más que lo apuntado, entiende que el Derecho romano consideró que la comunidad y fundamentalmente su supuesto más importante, el condominio, era verdadera *mater discordiarum*, por lo que evitó, siempre que fuera factible, los estados de indivisión. De ahí que el dueño del suelo se hiciera también dueño de lo que sobre él se incorporaba. Y añade otro fundamento que completaría la solución romana: el carácter casi ilimitado del dominio daba lugar a que, si algo de menor valor objetivo se incorporaba a suelo de propiedad ajena,

¹⁰⁸GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 147.

¹⁰⁹Citado por OROSA ROLDÁN, op. cit., pág. 1270, y por GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 147.

¹¹⁰OROSA ROLDÁN, op. cit., pág. 1270. Afirma este autor que “en su opinión es éste un aspecto que aporta una especial claridad a la hora de fundamentar el principio *superficies solo cedit*”. No podemos olvidar que el hombre romano, el futuro *pater familias*, así como la matrona romana son el producto, sólo artificialmente alcanzado, de una educación física, cultural y religiosa muy concreta que se desarrolla fundamentalmente en el ámbito familiar, alrededor de “la casa”. Esa casa va unida siempre o mejor aún, implica necesariamente, un ámbito geográfico, que lo es también espiritual, de modo que suelo y casa, como indica Maroi, vendrían a constituir un todo inseparable; y como el elemento indispensable, fijo y perdurable es el suelo, la edificación, efectivamente, se consideró accesorio, unida a aquél, dentro del círculo cultural y espiritual que proporcionaba el suelo, que los romanos se preocuparon especialmente de delimitar. También destaca esta fundamentación religiosa aportada por MAROI, en su obra *Elementos religiosos en el Derecho romano arcaico*, GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 147.

¹¹¹GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 149, abunda en las ideas apuntadas con anterioridad por el profesor CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. II, *Derecho de cosas*, Vol. I, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 12ª edición, Madrid, 1982, pág. 320, que fundamenta la solución romana en una doble consideración: 1ª la de índole práctica (económica), pues resulta más ventajosa la atribución de la *res nova* al dueño de la principal que la admisión de un estado de condominio, siempre antieconómico, máxime cuando puede ser satisfecha la equidad, concediendo al propietario de la cosa accesorio una compensación pecuniaria; 2ª la de índole racional o jurídica, desarrollada por los autores romanos (y recordada por Colin y Capitant), en el sentido de que cuando la unión de las cosas es entera y compleja, una y otra han desaparecido, puesto que han perdido su individualidad anterior, y no habiendo por consiguiente más que una *res nova*, es natural atribuirle al propietario de la anterior cosa más importante, ya que son los caracteres de ella los que dominan el objeto nuevo. También, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. III, *Derechos reales*, 2ª edición, Madrid 1900, pág. 94.

su titular se hacía dueño de lo incorporado. Considera, además, que la generalización de esta idea llevó al reconocimiento, en materia inmobiliaria, del principio *superficies solo cedit* en el Derecho intermedio y de ahí se recogería, con carácter más liviano de presunción *iuris tantum*, en el Código francés por influencia de POTHIER (artículos 552 y ss.), más tarde en el italiano (artículos. 443, 446 y 448 del Código civil de 1865 y 934 del vigente de 1942), y finalmente, se plasmaría con la rigidez romana en el Código español.

También se ha justificado la máxima romana, tiempo ha, que se remonta a las XII Tablas, por razones sociales o de política legislativa, como lo es la protección de la riqueza y el ornato de las ciudades¹¹², lo que se consigue evitando la destrucción de las edificaciones aun hechas en suelo ajeno o con material ajeno. Es el famoso “ne urbs ruinis deformatur” de las XII Tablas, del Digesto (D. 43. 3.7, de Juliano), recogido también en Las Partidas “por apostura e por nobleza de las Ciudades, e de las Villas; que las obras que fueren fechas, non las derriben por tal razón como ésta” (de la Ley 38, tít, 28, P. 3^a). Quienes secundan esta fundamentación¹¹³, argumentan que el rigor del derecho, en casos de incorporación o unión de cosas pertenecientes a distintos propietarios, conduciría a reconocer a cada uno de ellos el derecho a recuperar su cosa, pero en sede de accesión, éste rigor se flexibiliza dado que en la mayoría de los supuestos, la separación produciría graves detrimentos en las cosas incorporadas o resultaría imposible tanto física como económicamente, y cede en atención a un interés social superior, en aras de evitar la destrucción de riqueza. Desde esta óptica, la accesión estaría basada en necesidades de orden práctico, precisa SÁNCHEZ ROMÁN¹¹⁴ y el fundamento del principio *superficies solo cedit*, sería *más de necesidad y utilidad*, que de *justicia*¹¹⁵, *porque a nombre de ningún principio de justicia, existe razón para desnudar a uno de los dueños de los derechos señoriales sobre las cosas que le pertenecen y otorgarlos a otros, sin que medie la voluntad de aquél*. Esta fundamentación por razones sociales o de política legislativa, como es la protección de la riqueza y el ornato de las ciudades, entendida en el sentido de evitar daños económicos a la sociedad y la destrucción de las cosas para obtener su separación, hoy en día tiene firme apoyo en nuestro texto constitucional, que ha elevado a norma fundamental la función social de la propiedad (art. 33 CE) y con ello, eliminado el llamado *ius abutendi* del propietario¹¹⁶.

¹¹²SÁNCZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 131.

¹¹³SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 88 y ss., CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 320 y ss., entre otros.

¹¹⁴SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 89.

¹¹⁵No puede negarse la justicia de la accesión continua, y en concreto de la accesión industrial inmobiliaria, por una doble consideración: 1^a de índole práctica. Es más ventajosa la atribución de la *res nova* que surge tras la incorporación al dueño de la cosa principal, que la admisión de un estado de condominio, que será antieconómico, máxime cuando puede ser satisfecha la equidad atribuyendo al dueño de la accesoria una compensación económica; 2^a de índole racional o jurídica, desenvuelta por por los autores romanos, ya que cuando la unión es entera y completa, una y otra cosa han desaparecido, y no habiendo más que una *res nova*, es natural atribuirla al propietario de la cosa unida más importante, ya que sus caracteres dominan el objeto nuevo. CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 320.

¹¹⁶Para SAINT MACARY, “el interés general exige que el todo sea atribuido a uno de los propietarios”, para él “la accesión industrial inmobiliaria tiene un fundamento jurídico racional”. Se fundamenta así la accesión industrial inmobiliaria en razones de interés social, en la función social de la propiedad. Cita

Sentado lo anterior, entiendo que todas estas fundamentaciones socioeconómicas se suman, a modo de concausas en general o para supuestos concretos al principio *superficies solo cedit*, pero por sí mismas no dan razón suficiente del mismo¹¹⁷. Así, por ejemplo, la pretendida justificación social, casi artística, relativa a la belleza de los edificios, realmente venía referida tanto en Derecho romano como en nuestras Partidas¹¹⁸, no a la accesión inmobiliaria en general, sino únicamente al supuesto concreto de construcción hecha en suelo propio con materiales ajenos¹¹⁹, previsto en nuestro artículo 360 C.c.

Por ello y siendo indiscutible que el principio *superficies solo cedit* es concreción o especialización¹²⁰, a modo de aplicación del más amplio *accessorium sequitur prin-*

tomada de NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 33, nota 64.

¹¹⁷En la doctrina italiana destaca como defensor de la fundamentación económica GORLA, para el que la principalidad y accesoriedad de las cosas se determina por razones económicas, en contra NUTI, G., defensor general del principio de la atracción real, que considera que atender al valor económico es confundir la causa de la atracción con sus motivos. Doctrina citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La Accesión horizontal...* op. cit., pág. 113, nota 151 y pág. 114.

¹¹⁸Decía la Ley 38, tít. 28, P. 3^a: “Metiendo algund ome en su casa, o en alguna otra obra que fiziesse, cantos, o ladrillos, o pilares, o madera, o otra cosa semejante, que fuese agena; después que alguna de destas cosas fuese asentada, o metida en labor, non la puede demandar aquel cuya es; e gana el señorío della aquel cuya es la obra, quier aya buena fe, quier mala en metiéndola y. E esto touieron los Sabios antiguos que fuesse guardado por apostura, e por nobleza de las Ciudades e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razón como esta”. De igual modo la parte final de la Ley 16, tít. 2, de la Partida 3^a, acerca del mismo caso de construcción en suelo propio con materiales ajenos y con idéntico fundamento, reza: “. . . E esto tovieron los Sabios antiguos por esta razón: porque las casas, o los edificios que los omes fazen en las villas, non tan solamente se torna en pro de sus señores, mas aun en fermosura comunalmente de los logares do son fechos. E quando se desfazen parecen porende mas feos, ca se tornan como en manera de hermamientos. Peroel que fizo poner en sus casas algún de las cosas ajenas que de suso diximos, deuelas pechar dobladas a aquel cuyas fueren. E esto se entiende, quando lo ouiese fecho a buena fe, cuidando que non eran ajenas, e que non pesaria a su dueño. Ca si a sabiendas lo fiziesse, estonce deuepechar tanto por ellas, quanto su dueño jurare que ha recibido de daño, o de menoscabo, por aquello quel fue tomado, e que non pudo auer”.

¹¹⁹Este fundamento equitativo y social, casi cultural o artístico, lo encontrábamos ya en el artículo 452 del Codice italiano de 1865, referido a las construcciones extralimitadas. Este precepto contenía la máxima romana “ne urbs ruinis deformatur” porque ya antes lo contempló la Comisión de Nápoles en el Proyecto de dicho Código. El antecedente más remoto de tal norma italiana, se encuentra en los arts. 462 del Código Albertino o sardo de 1848 y 644 del Código Estense de 1852, cuya regulación se remonta a los tiempos del Renacimiento en Florencia, donde prescindiendo de razones lógicas o jurídicas, la conservación de las obras a favor del constructor obedecía a razones artísticas, como lo demuestra la sola aplicación de tal criterio a palacios renacentistas o a edificios de gran nobleza que se localizaban en la Toscana. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 123. Cita este autor a BRUGI, que habla del “bel passo della scienza codificativa” en referencia a la Comisión de Nápoles; BORSARI, L., *Commentario del Codice civile italiano*, Libro secondo, Roma, 1972, pág. 204, aunque en un principio afirma que más que un interés estético o artístico se trata de “un fuerte interés de equidad o conveniencia” el que aconseja la conservación del edificio, a continuación se refiere a la necesidad de atender al tipo de edificación, a la cualidad y calidad de los materiales y al propósito o fin de la construcción.

¹²⁰CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 71, habla de especialización, no de concreción o deducción porque entiende que con el principio *superficies solo cedit* se zanja cualquier polémica respecto a qué deba entenderse por cosa principal y cosa accesoria en una concreta incorporación de bienes, ya que en el supuesto de accesiones inmobiliarias la determinación de la prevalencia del suelo se realiza *ex lege*.

cipale, parece que no hay forma más sencilla de concluir que considerar que tanto una como otra regla, tienen un fundamento lógico, meta-jurídico, casi matemático, como diría SÉNECA¹²¹; y tratándose de cosas reales como lo son, el suelo, las construcciones y las plantaciones, su fundamento se explica por la propia naturaleza de las cosas¹²², por la *natura rerum*. Y es que cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente o de un modo indivisible, es porque una se une o incorpora a la otra, y es la incorporada la que no puede subsistir independientemente¹²³. La cosa que puede tener existencia independiente, es la más fuerte, es la cosa principal y ejerce hacia la otra una fuerza atractiva (*vi ac potestate rei nostrae*)¹²⁴ que la hace dependiente de ella y provoca su adquisición *iure accessionis*¹²⁵, no *iure proprio*¹²⁶.

Nuestro Código civil, para determinar qué cosa es la que puede tener existencia independiente, en materia de accesión mobiliaria atiende a la consistencia o autonomía de las cosas antes que a su valor y volumen, (cfr., artículos 375, 376 y 377), pero

En idéntico sentido DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 288 a 291.

¹²¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 329, simplemente menciona a SÉNECA en sus comentarios al Código civil, pero merece la pena conocer la afirmación que SÉNECA hace relativa a que el principio de accesoriedad inmobiliario, “*superficies solo cedit*” es conforme a la razón, aduciendo la inseparabilidad jurídica del suelo de la superficie como argumento para demostrar la conexión de la matemática a la filosofía. SÉNECA, *Epitome* 8.8 “*Nom es autem ars sui iuris cui precarium fundamentum est. Philosophia nil alio petit, totum opus a solo excitat. Matematica, ut ita dicam, superficialia est, in alieno aedificat.*”. En CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 114, nota 155.

¹²²Para GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T. II, 1852, Maxtor, 2010, Valladolid, art. 548, págs. 3 y 4, la accesión sería un modo de adquirir el dominio que deriva del Derecho Natural, se trata de un modo de adquirir *originario* por contraposición al *derivativo*, y dentro de los *originarios*, la ubica en la subespecie *secundum quid* referida a la adquisición de una cosa en razón de otra que nos pertenece, por contraposición a los *simpliciter* que recaen sobre la *res nullius*.

¹²³POTHIER, J., *Tratado del derecho de dominio. De la propiedad*, T. VII, trad. M. Deó, con notas y concordancias A. Elías de Molins, Madrid, 1882, págs. 110 y ss. Como regla primera para determinar cuál es la cosa principal y cuál es la accesorio, dispone: “Cuando de dos cosas que componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesorio; Necesse este i rei cedi quod sine illa ese non potest”.

¹²⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 117. Entiende este autor que la verdadera accesión, esto es, la accesión inmobiliaria industrial se fundamenta en una fuerza atrayente, o centrípeta, de fuera hacia dentro, que provoca la adquisición de la cosa accesorio *iure accessionis*, no por derecho o poder de goce propio, pues se trata de una cosa que antes pertenecía a otra persona.

¹²⁵PASQUALI, G., Voz “Accessione (Diritto di)” *Digesto Italiano*, Vol. I, pág. 286 y ss., considera que “el derecho de propiedad sobre la cosa principal... atrae a su órbita la cosa de otro, constituyendo una verdadera y auténtica expropiación, que es posible sólo cuando el orden jurídico la consiente”. En idéntico sentido MONTEL, A., Voz “Accessione (Diritto civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Mariano D’Amelo, con la collaborazione de Antonio Azara, Torino, 1937, pág. 133.

¹²⁶Esta fundamentación por razones de justicia natural, fue desenvuelta por los autores romanos y recordada y desarrollada por COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, T.II, Vol. II, *De los bienes y de los derechos reales principales*, con notas sobre el Derecho civil español de D. De Buen, Madrid, 1923, págs. 974 a 977, para ellos cuando la unión de las dos cosas es completa, permanente y definitiva, una y otra han desaparecido y es lógico que se atribuya el todo resultante al propietario de la cosa unida más importante, ya que sus caracteres dominan sobre la *res nova*. También CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 320.

en materia de accesión inmobiliaria industrial, la cuestión es clara, el suelo es cosa principal frente a lo que se construya en él, no ya porque tenga mayor valor económico (aunque hoy en día lo tiene), sino porque comparados ambos elementos, suelo y construcción, la única cosa que puede existir independientemente es el suelo, no cabe edificio sin suelo en que apoyarse. El suelo es el sostén de toda edificación, no sólo desde una óptica arquitectónica, sino por ser el sustentáculo¹²⁷ de la edificación en cuanto mejora. Y tal es su poder de atracción que por dicha incorporación al suelo, el edificio, que separado de él no es más que un conjunto de materiales, se “inmoviliza”¹²⁸, convirtiéndose en inmueble por incorporación (cfr. artículo 334, 1º del C.c.), ya que el suelo es el único inmueble natural por excelencia y preexistente a todos los demás¹²⁹.

Y este mismo fundamento es el que otorga POTHIER¹³⁰, al viejo brocardo romano, cuando detenidamente, tras enunciar la primera¹³¹ de sus reglas para determinar el carácter principal del suelo sobre lo construido, con base en que aquél puede subsistir separadamente, da explicación de lo que más tarde serían los artículos 555 y 554 del Code (idénticos a los artículos 360 y 361 C.c.) cuando añade que: “Como primer ejemplo de esta regla puede citarse el caso en que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un solo todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; porque el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar sobre el que se ha levantado. Por cuya razón el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión, *vic ac potestate rei meae*, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice Gaius: *Si quis in alieno solo sua materia eadificaverit, illius fit aedificium cuius et solum est...* Igual puede decirse en caso contrario. Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el de todos los materiales empleados: *quin aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit,*

¹²⁷SCEVOLA, *Comentarios al Código civil*, T. VI, comentado, concordado, revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca, Tomo VI, Madrid, 1949, págs. 288 y 289, defiende que sin el suelo no pueden existir ni edificaciones, ni plantaciones, pues los edificios no pueden construirse en el aire, ni las plantas brotar sin tal sustentáculo sólo con el trabajo del hombre.

¹²⁸Expresión utilizada por el profesor CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 121,

¹²⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 121. Es común en nuestra doctrina y en la extranjera considerar al suelo único bien natural por excelencia. La redacción de nuestro artículo 334 C.c., y de su análogo artículo 380 del Proyecto de 1851, se deben sobre todo a la influencia de POTHIER a través del Código francés, que en el artículo 517, hacía expresamente una clasificación tripartita de inmuebles por naturaleza por destino y por objeto, incluyendo en los naturales, el suelo, las edificaciones y plantaciones, al igual que el artículo 408 del Código italiano de 1865 y el artículo 812 del Codice vigente. GARCÍA GOYENA, op. cit., págs. 341 y 342.

¹³⁰POTHIER, op. cit., págs. 110 y ss.

¹³¹La primera regla que da POTHIER para conocer, en los supuestos de incorporación, y en concreto en los supuestos de accesión industrial, cuál de las cosas unidas es la principal es la que a continuación se detalla: “Cuando dos cosas componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal y la otra como accesoria; *Necesse este i rei cedi quod sine illa ese non potest*”. POTHIER, op. cit., págs. 122 y 123.

ipse dominus intelligitur aedificii. Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado”.

Y en efecto, en esa fuerza de atracción radica, en definitiva, la esencia del principio romano. He aquí la equidad natural en que se fundamenta el *superficies solo cedit*¹³², al que podemos añadir para reforzarlo si se desea, las otras razones esgrimidas que son, entre otras, la del carácter naturalmente fijo, estable o perpetuo del suelo, frente al carácter efímero de la construcción o, la del hoy superior valor del suelo, la protección de la riqueza, etc. . . , aunque ninguna de ellas cuestiona ni condiciona, la fijeza y plena vigencia del *superficies solo cedit*, sólo matizable o derogable convencionalmente, en aquellos supuestos previstos legalmente. Y ya sea por ley o pacto, al estar fundado en razones de equidad o justicia natural, su excepción o matización sólo podría justificarse en otra razón de equidad más intensa que corrija a aquella cuando resulte injusta su aplicación a un concreto caso.

1.2.3. Consagración definitiva del principio en el artículo 358 del Código civil

Sólo el Código civil español ha sabido reflejar correctamente la máxima *superficies solo cedit* en su natural ámbito de aplicación, el de la accesión, a diferencia de lo ocurrido en otros Ordenamientos jurídicos donde el viejo brocardo no ha regido con continuidad, al haber roto durante el medioevo con aquella tradición jurídica. Así ha sucedido en el Derecho francés y en el italiano¹³³, sobre todo en la zona norte longobarda, donde por influencia germana se valoraba más el trabajo y los bienes muebles, frente a los inmuebles y era ignorada o solo aplicada con carácter excepcional, la regla *superficies solo cedit*¹³⁴.

¹³²CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 122.

¹³³Apuntes históricos y de derecho comparado, tomados del trabajo del profesor CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “*Superficies solo cedit*: Un principio (natural) en crisis (económica)”, *RCDI*, N° 728, 2011, pág. 3078 y ss. Hoy máximo defensor del principio objeto de la presente tesis. También en su obra, *La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas, (una revisión crítica de la accesión invertida)*, Fundación Registral, Madrid, 2009, págs. 100 y ss.

¹³⁴OURLIAC, y DE MALAFOSSE, nos explican que en el medioevo francés, el principio *superficies solo cedit* ni siquiera era formulado netamente. La Glosa (sobre D. 43, 16, 7) habla de *quasi dominios*, refiriéndose al propietario de los edificios pero no del suelo. Sólo aparece en alguna costumbre (París, art. 187) el adagio “le pied saisit le chef” (el pie emposesiona al jefe). Y se admite la posibilidad de que el propietario de los árboles o de los edificios pueda no ser el propietario del fundo. En lo que respecta al Derecho italiano BASILE ponía de manifiesto que “las leyes longobardas establecían la adquisición por parte del propietario del suelo de cuanto se hubiere plantado o construido para el caso de que el tercero fuese de mala fe, es decir, esencialmente por fines punitivos, porque como regla general la construcción o plantación pertenecía a quien la hubiese realizado por una exigencia de la protección del trabajo”. En idéntico sentido BESTA, hace referencia a la influencia del mundo germánico, donde la casa era considerada mueble. El pueblo germánico belicoso y nómada valoraba más los bienes muebles como las pieles, las herramientas o las piedras, que la tierra, la cual, se limitaban a usarla para después abandonarla. Curioso que se considerare insolvente al que sólo tenía tierras. Citas tomadas de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA., op. cit., pág. 101, nota 121.

Esa interrupción hizo mella en la posterior codificación, donde pese a retomar la regla romana, aunque sin saber muy bien cuál era su verdadero fundamento, no ha sido reflejada de modo adecuado en la letra de la ley.

Así, no cabe ver recogido el principio *superficies solo cedit*, en el artículo 552¹³⁵ del Code y 447¹³⁶ del Código italiano de 1865, correlativos del artículo 350 C.c.¹³⁷ Tales normas no son sino expresión de otro principio latino, no romano sino medieval, formulado en el siglo XIV por CINO DE PISTOYA y su discípulo Bartolo de Saxoferrato, según el cual la propiedad de la tierra se extiende a los cielos y hasta el infierno¹³⁸: *cuius est solum eius est ad coelum usque ad infernos*¹³⁹, expresivo de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo en el espacio vertical (dessus y dessous para los franceses y desopra y desotto para los italianos) y de la plenitud de facultades jurídicas que el ordenamiento reconoce al *dominus soli* ejercitadas *iure proprietatis*¹⁴⁰, nunca *iure ac-*

¹³⁵Reza: «La propiedad del suelo conlleva la propiedad de lo situado encima y debajo de él. El propietario puede hacer sobre él todas las plantaciones y construcciones que considere oportunas, salvo las excepciones establecidas en el título “De las servidumbres o servicios rústicos”. Puede hacer bajo él todas las construcciones y excavaciones que considere oportunas y obtener de esas excavaciones todos los productos que puedan proporcionar, salvo las modificaciones resultantes de las leyes y reglamentos relativos a las minas y de las leyes y reglamentos de policía».

¹³⁶Decía el artículo 447 del Codice 1865: “El propietario puede hacer sobre el suelo cualquier construcción y plantación, salvo las excepciones previstas en el campo de las servidumbres prediales... igualmente debajo del suelo puede hacer cualquier construcción o excavación y extraer todas las utilidades posibles dejando a salvo las disposiciones de las leyes, de los reglamentos sobre minas y de policía”.

¹³⁷“El propietario de un terreno, es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía”.

¹³⁸Así lo advierte en la doctrina francesa MARTY, op. cit., pág. 65. Y en la española, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 327, GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 148, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 115 y MOLL DE ALBA LACUVE, CH., *La edificación en suelo ajeno. La posible disociación jurídica de la propiedad*, Barcelona, 2004, pág. 11, en cuya nota 229 se remite a la Ley de Toro XLVI que dispone “que a qualquiera es lícito edificar sobre su área sin límite alguno (excepto si por ley, costumbre, ó estatuto se halle establecida alguna regla), aunque se le siga perjuicio al vecino, Monasterio u otro lugar pío, en oscurecerles la luz y claridad de sus casas: pues usando de su derecho el dueño edificante, como árbitro de sus bienes, a ninguno se cree hacerle injuria”.

¹³⁹Principio al que hace referencia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de junio de 1998 (RJ 1998/4744) que manifiesta: “Al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión-en caso de inmueble- no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo —lo que está encima— y al subsuelo —lo que está debajo— siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera et usque ad infernos*”. También la RDGRN de 26 de junio de 1987 (RJ 1987/4841) afirma, en referencia, entre otros artículos, al 350 C.c. que: “... el dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos...”.

¹⁴⁰La ubicación de tales normas (art. 552 del Code, y 447 del Codice de 1865), en sede de accesión, ha sido duramente criticada, cuando en realidad no van referidas a tal cuestión. La crítica procede en Francia de DEMOLOMBE, C., *Traité de lá distinction des biens; de la propriété; de lusufruit, de lusage et de lhabitation*, T.IX, París, 1866, págs. 556 y 557, y MARTY, op. cit., pág. 65 y ss. en Francia, entre otros y en Italia de BORSARI, op. cit., págs. 178 y ss. Su ubicación correcta, tal y como ocurre en nuestro Código civil, se encontraría entre las normas que definen la propiedad. Es más, no se sabe muy bien el

cessionis. Ni tal regla ni las normas que la recogen, hacen referencia al *superficies solo cedit*, que como regla de solución de conflictos, presupone siempre la existencia de un litigio planteado entre dos sujetos¹⁴¹: el que hace la obra en suelo ajeno y el dueño del suelo sobre el que aquél construye, o entre el *dominus soli* que emplea en la obra material ajeno y el *dominus materiae*.

Tampoco se encuentra reflejado¹⁴² el principio *superficies solo cedit* en la presunción contenida en el artículo 553 del Code¹⁴³, ni en el artículo 448 del Codice de 1865¹⁴⁴, ni en el correlativo nuestro, el artículo 359 C.c.¹⁴⁵. Normas que aunque ubicadas en sede de accesión, donde desempeñan un importantísimo papel, que a continuación analizaremos, no son sino manifestación de la capacidad expansiva del dominio¹⁴⁶ y consecuencia del ejercicio de las facultades dominicales, recogidas en el

por qué de tales preceptos ya que la capacidad expansiva de la propiedad, ya estaba comprendida en el artículo 544 del Code y 436 del Codice de 1865, así como en su correlativo 348 del Código español. Más allá de rememorar el lastre histórico del principio medieval, hoy superado, quizá tal reiteración se lleve a cabo intencionadamente para dejar claro lo advertido en el inciso final de tales preceptos, que tras llevar a cabo una definición de la propiedad en general, esa extensión hacia el cielo y hacia el infierno, cuando recae sobre bienes inmuebles tiene “múltiples y diversos límites” decía PLANIOL, citado por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 103. Vid. también tales posturas doctrinales en SCAEVOLA, op. cit., págs. 209 y ss.

¹⁴¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 115.

¹⁴²En Francia DEMOLOMBE, op. cit., pág. 568 y 569; en Italia BORSARI, op. cit., pág. 184 y ss, habla de “la fuerza natural y capacidad expansiva del dominio al que la ley añade su solución, no creándola sino respetándola” y entre los nuestros Traviesas, M. M., «Ocupación, accesión y especificación», *RDP*, 1919, pág. 294; MANRESA Y NAVARRO, J. M. “Comentario al artículo 359 C.c.”, *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid, 1904, págs. 175 y 176; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 234 y ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 355 y ss. consideran evidente que el principio sentado en el artículo 359 C.c., es manifestación de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo.

¹⁴³Que dice: “Todas las construcciones, plantaciones y obras hechas por el propietario a su costa, y que le pertenecen, si no se prueba lo contrario; sin perjuicio de la propiedad que un tercero pudiera haber adquirido o pueda adquirir por prescripción, sea de un subterráneo bajo el edificio ajeno, sea de cualquier otra parte del edificio”. VUILLAUME, F., *Commentaire analytique du Code de Napoléon refermant les principes généraux du droit* (Éd. 1855), Paris, 1856.

¹⁴⁴Decía el artículo 448 del Codice de 1865: “Cualquier construcción, plantación u obra sobre o bajo el suelo se presume hecha por el propietario y a su costa y pertenece, salvo prueba en contrario, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”. Sin entrar en un examen detallado del artículo 553 del Code, ni en el 448 del Codice de 1865, lo que es indudable es que en ellos se contienen tres presunciones: 1.- Se presume que las construcciones han sido hechas por el propietario. 2.- Se presume que han sido hechas a su costa. 3.- Se presume que pertenecen al propietario del suelo. Y cabe contra las tres presunciones prueba en contrario y la última sólo tiene aplicación, además, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por un tercero. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 140.

¹⁴⁵El artículo 359 C.c. dispone: “Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario”. El texto reproduce el artículo 402 del Proyecto de 1851 y el artículo 362 del Proyecto de 1882 y como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de noviembre de 1925 es análogo al 553 del Code y 448 del Codice de 1865.

¹⁴⁶Como señala PUIG BRUTAU, la presunción del artículo 359 C.c., por responder a lo que ocurre en general o como caso normal, deja reducidos a supuestos bastantes excepcionales los casos en que se produce el conflicto de intereses que representa el haber edificado, sembrado o plantado en suelo

principio medieval esgrimido con carácter excluyente y prohibitivo: sólo el propietario, y no ninguna otra persona sin autorización suya, tiene el poder más o menos limitado legalmente y el interés¹⁴⁷ de realizar en el suelo de su propiedad aquellas obras¹⁴⁸. Su función no es otra que presumir *iuris tantum*¹⁴⁹, que esas obras y edificaciones realizadas sobre un determinado suelo han sido hechas por su propietario y a su costa¹⁵⁰.

Y es que lo normal en materia inmobiliaria es que las obras y edificaciones hayan sido realizadas por el propietario del *solum*, aunque esta suposición puede no darse y quedar probado lo contrario¹⁵¹, esto es, que la edificación se haya realizado por persona

ajeno. Añade que el Código civil contiene reglas generales sobre el particular, aparte de las dedicadas a resolver los concretos conflictos de intereses en cada supuesto típico PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 234. En idéntico sentido ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 355 y 356. Para CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 395 el artículo 359 del C.c. presume dos cosas: que las obras han sido hechas por el propietario y a su costa y admite prueba en contrario.

¹⁴⁷El criterio del interés fue formulado por IHERING, y desarrollado por la doctrina italiana (BARASSI, PUGLIATTI, PAMPALONI, BRUGI, DE MARTINO...). En definitiva se trata de un tema de límites, de tratar de encontrar la fórmula que permita una descripción de las facultades del propietario dentro de esos límites. IHERING conecta el derecho de utilización del propietario a la presencia en el caso de un interés real, en el sentido de que el propietario puede oponerse a que otros utilicen el espacio aéreo o el subsuelo, en la medida de que tenga un interés efectivo que pueda ser dañado o lesionado por esa utilización realizada por otro. Según esta formulación la propiedad se extendería hasta donde llegase el interés práctico del propietario. Interés hoy superado por el interés público o general. MONTES PENADÉS, V.L., “Comentario al artículo 359 C.c.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. V, Vol. I, Dir. por M. Albaladejo, Edersa, Madrid, 1990, pág. 256 y ss. Entiende, igualmente, BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., págs. 1478 y 1479, que la limitación intrínseca del ámbito objetivo de extensión del derecho de propiedad, avalada por la autoridad de IHERING, conecta la protección efectiva del dominio con la existencia en el caso de un interés real del propietario: cuando la intromisión de los terceros se desarrolla de tal modo en el subsuelo o en el espacio que el propietario no vea afectado su interés sobre el fundo, no debería disponer de facultad de excluirla.

¹⁴⁸SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 115.

¹⁴⁹Para SCAEVOLA, op. cit., pág. 288 a 295, la presunción del artículo 359 C.c. “la dicta un criterio racional, porque la mayoría de las gentes está penetrada de cuáles son sus pertenencias y cuáles las de los demás hombres; y en este sentido, a no ser en muy raras ocasiones, ha de juzgarse que el que planta, edifica o siembra lo hace con conciencia de que el terreno en que realiza tales operaciones es suyo, pues si no, se expondrá a tener que abandonar en beneficio del propietario del suelo los materiales, plantas o semillas, aun mediando la correspondiente indemnización en un caso, o a perder aquellos por completo en otro, sin derecho a resarcimiento alguno de valor o de perjuicios”. También, PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 292.

¹⁵⁰Como advierte CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 395, ante una edificación o plantación en suelo ajeno, quien realmente la haya realizado está obligado a probar no sólo que él la ha realizado, sino que no se hizo a costa del propietario, es decir, que éste no las pagó en virtud de contrato o que no fueron realizadas con materiales del *dominus soli*.

¹⁵¹Afirma GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 369, “es regla general que al que afirma o reclama incumbe la prueba; y aquí el afirmante es el que hizo las obras o plantaciones”. Más recientemente CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 397, entiende que si no se destruyen las presunciones del 359, no se obtiene sino la siguiente consecuencia: que nadie puede deducir derechos de reembolso por razón de la obra... Si las presunciones no han sido eficazmente combatidas, el Ordenamiento supone que *el ius aedificandi* ha sido ejercitado por el propietario y no por un tercero. De esta manera, el artículo 359 C.c. está directamente encaminado a suprimir los efectos de la regla *superficies solo cedit*, a restringir el alcance del principio de accesión. También, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 355 a 358.

distinta al propietario, de buena o mala fe (esto ahora no es relevante y se analizará más tarde), para sí misma y sin nexo contractual con aquél, o por el *dominus soli* empleando materiales ajenos. He aquí, en referencia a tal supuesto, el riesgo de querer fundar y ver consagrado el principio *superficies solo cedit* en estas normas¹⁵², porque al ser destruible la presunción en ellas reflejada, hay quien entiende destruida la regla¹⁵³, y habría que concluir que cuando las obras no han sido realizadas por el *dominus soli* y a su costa, no rige la máxima romana y la propiedad de las mismas corresponde a quien las realiza. Con tal lógica, se deriva hacia la regla germana, ajena a nuestra tradición romanista en sede inmobiliaria, derogando así el principio *superficies solo cedit*¹⁵⁴. Es justo en este supuesto, en el que la obra no ha sido realizada *iure proprietatis*, cuando debe entrar en juego con su máxima virtualidad, el principio romano, para atribuir la propiedad de la obra, no a quien la ha realizado, sino al propietario del suelo. Ni siquiera, en el supuesto del artículo 360 C.c, cuando se atribuyen los materiales al *dominus soli*, se estaría premiando su trabajo; el principio *superficies solo cedit* otorga automáticamente la propiedad de los materiales empleados al propietario del suelo y a lo más, sólo se está ante un resarcimiento económico al *dominus materiae* con el fin de evitar el enriquecimiento injusto del dueño del *solum*.

Es, por tanto, que el principio *superficies solo cedit* es *directo y obligatorio*¹⁵⁵ en su concreto ámbito de aplicación, pero no un principio absoluto e inderogable, nunca lo fue¹⁵⁶, ni siquiera en Derecho romano, al menos en la época justiniana y por ello

¹⁵²CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 104 a 107.

¹⁵³MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 112 y 113, a la vista del precedente francés, artículo 553 del Code, que establece una presunción *iuris tantum*, a favor del *dominus soli*, no sólo respecto a la realización de la edificación sino también respecto a su propiedad, interpreta de forma conjunta el artículo 358 y 359 del C. c. y de éste modo considera que la presunción *iuris tantum* a favor del propietario se refiere no sólo a la realización material de la obra sino también a su titularidad jurídica, de modo que las obras pueden haber sido levantadas por el *dominus soli* o por un tercero y ser de aquél o de éste. Concluye que si se adoptase esta interpretación el principio *superficies solo cedit* no constituiría en el Código civil una regla rígida e inquebrantable sino un valor flexible que permite excepciones. Dentro de la doctrina francesa DEMOLOMBE, op. cit., págs. 571 y 572, en relación al artículo 552 francés (nuestro 359C.c.), considera *iuris tantum* las presunciones pero no contra el principio *superficies solo cedit*, sino para la generación de un derecho correlativo a ser indemnizado.

¹⁵⁴Realiza tal planteamiento MOLL DE ALBA LACUVE, C., op. cit., pág. 113. En contra, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 139 a 141, que rechaza que quepa contra el principio *superficies solo cedit* prueba en contrario, no es una presunción, pero sí cabe la posibilidad de la existencia de una relación jurídica previa que excluya la accesión pero ello no supone la existencia de una presunción, ni posibilidad de prueba en contrario sino la existencia de una situación jurídica a la que no le son aplicables los preceptos de la accesión. También SCAEVOLA, op. cit., pág. 292.

¹⁵⁵Así lo pone de manifiesto la RDGRN de 1952 (RJ 1952/1627), al manifestar en su considerando 2º: “Que los preceptos que regulan en el Código la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles, responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, y así lo pone de relieve el artículo 358 al establecer, mas como regla de derecho imperativa, que como presunción que lo edificado pertenece al dueño del suelo. . .”.

¹⁵⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 356, entiende que del artículo 359 C.c. podemos extraer cuatro conclusiones: 1.- Se presume que lo construido accede al propietario del suelo sin perjuicio de que pueda constituirse una relación jurídica sobre el suelo ajeno cuyo titular sea una persona distinta del *dominus soli* (v. gr., derecho de superficie, vuelo, propiedad horizontal). En todo caso, el

hoy es posible constituir válidamente un derecho de superficie, de vuelo, la propiedad por casas, etc... Es más, la excepción confirmaría la regla, el principio *superficies solo cedit* opera de forma automática¹⁵⁷ y necesaria de no existir una estipulación contraria que la paralice, pero tal salvedad es sólo posible cuando la ley la imponga o la permita¹⁵⁸, dando entrada al juego de la autonomía de la voluntad de los sujetos implicados (*dominus soli*, como mínimo, y cualquier otro sujeto)¹⁵⁹.

Conviene que destaquemos que el Código civil español que con tanta frecuencia ha sido fiel reflejo del Código francés e italiano de 1865, en este punto se ha apartado de los mismos y ha acogido, con un carácter más rígido y respetuoso con la tradición jurídico-romana, el principio *superficies solo cedit*, consagrándolo en el artículo 358 C.c.¹⁶⁰, que de forma original, pues carece de correlativo en los Códigos francés e italiano, establece que: “Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos¹⁶¹, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”. El primero de *los artículos siguientes* es el artículo 359 C.c., cuya decisiva función es presumir conforme a lo dispuesto en el artículo 350 C.c. (no respecto al 358C.c.) que el *dominus soli* es autor de la obra hecha en su suelo o propietario de los materiales, aunque, no obstante lo anterior, si se probara lo contrario, entraría en juego la regla del artículo 358 C.c., el

artículo 359 se limita a sentar una presunción (STS 23 mayo 1989). En idéntico sentido las Leyes 427 y 443 de la Compilación foral de Navarra; 2.- es frecuente que en ciertas regiones agrícolas, como Extremadura, Navarra, Galicia, Canarias, Cataluña (rabassa-morta), exista una propiedad de la tierra separada de la superficiaria: arbolado y plantaciones se atribuyen y las explotan personas distintas de quienes son dueños y disfrutan de la propiedad del suelo (yuxtaposición dominical). También previstas con nitidez por las Leyes 427 y 443 de la Compilación navarra; 3.- el tercero podrá alegar prescripción a su favor, respecto de árboles o edificios, y esta prescripción podrá ser alegada no sólo para hacerse declarar propietario del fondo ocupado y del edificio que sobre él se levanta, sino también para hacerse declarar propietario del subsuelo o de un espacio mayor o menor sin ser dueño de la superficie (MANRESA); 4.- bajo la presunción del artículo 359 la hipoteca se extiende a las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualquiera otros semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere (art. 110, 1º L.H.) Naturalmente si la finca hipotecada pasara a propiedad de otra persona, la hipoteca no será extensiva a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación; siempre que se hayan costeado por el nuevo dueño (art. 112 L.H.).

¹⁵⁷CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “El automatismo en la accesión inmobiliaria”, *RCDI*, N° 729.

¹⁵⁸MONTEL, op. cit., pág. 133. Este autor además de citar el supuesto de construcciones extralimitadas como excepción al viejo brocardo romano, también entiende que otras derogaciones pueden venir impuestas por disposiciones legales relativas al régimen del subsuelo o vuelo y que atribuyen su propiedad a persona diversa del *dominus soli*, o pueden venir impuestas por disposiciones contrarias contenidas en el título como la existencia de un *iura in re aliena* sobre el subsuelo o vuelo, como el derecho de superficie o una servidumbre *aedificandi*.

¹⁵⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La accesión horizontal...*, op. cit., pág. 105.

¹⁶⁰Como apunta SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 140, nuestro Código civil ha desdoblado en dos artículos la norma contenida en los preceptos 553 del Code, ni en el 448 del Codice de 1865. Uno de ellos es el 359, para establecer las dos presunciones de que las obras han sido hechas por el propietario y a su costa. El otro el 358 donde se consagra el principio *superficies solo cedit*.

¹⁶¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 106, exclama: “¡y dice ajenos!”.

principio *superficies solo cedit*, como concreta y excepcional solución al conflicto de intereses planteado entre el *dominus soli* que hace suya la obra, hecha o no por él, con materiales propios o ajenos, y el autor de la obra o dueño de los materiales con que se ha realizado ésta, que asume la carga de probar su autoría o propiedad de los materiales, y que tendrá, en su caso, derecho a una compensación económica.

Como podemos apreciar, el artículo 358 C.c. introduce respecto a sus correlativos, dos novedades:

1. La primera, que la pertenencia de lo edificado al dueño del suelo no es una presunción, sino que es una norma que entra en juego de modo automático y necesario en su concreto ámbito de aplicación. Cabe la posibilidad de que por existir una relación jurídica previa quede excluida la accesión, pero ello no supone existencia de una presunción, ni posibilidad de prueba en contrario, sino preexistencia de una situación jurídica en la cual no son de aplicación los preceptos de la accesión.
2. La segunda, que siempre que no exista una relación jurídica previa, será norma aplicable el artículo 358 C.c. con plenos efectos, sin que nadie pueda alegar mejor derecho sobre lo edificado, ni en su totalidad (propiedad del conjunto del edificio), ni en sus partes componentes (propiedad de los materiales)¹⁶².

Y como consecuencia de lo anterior parece que siempre que sean aplicables los preceptos de la accesión, nuestro Código civil no admitirá la coexistencia de propiedades separadas, esto es, una propiedad del suelo distinta de la del edificio. La incorporación de materiales en un edificio lleva consigo la formación de un único objeto de derecho y por ello el dominio, con base en el principio *superficies solo cedit*, ha de ser único también¹⁶³.

En definitiva, parece que ni el Code ni el Codice de 1865 contienen una norma tan clara y precisa como el artículo 358 C.c., ni siquiera la posee el vigente Código italiano de 1942, pese a la común opinión doctrinal¹⁶⁴, que aplaude la redacción del conciliador artículo 934¹⁶⁵ (que aúna los anteriores 447 y 448), al haber abandonado la pésima redacción decimonónica¹⁶⁶ y abrazado de nuevo la tradición romanista, porque en él, el

¹⁶²SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 141.

¹⁶³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 141.

¹⁶⁴DE MARTINO, SCIALOJA y BRANCA, entienden que el nuevo precepto ha sabido conciliar la presunción con el principio de la fuerza absorbente del dominio afirmado en otra norma. También, en idéntico sentido, BERLINI, RUSSO, AZARA, DÁMELIO, FERRANTI. Doctrina citada por MONTEL, op. cit., pág. 133, nota 6 y 7.

¹⁶⁵Artículo 934 del Codice italiano vigente dice: “Qualquier plantación, construcción u obra existente sobre o bajo el suelo pertenece al propietario de éste, salvo cuanto es dispuesto en los artículos 935, 936 y 938, y salvo que resulte lo contrario del título o de la ley”.

¹⁶⁶Heredada del Code y excesivamente influenciada por el artículo 553 y ss. del Code. Sin embargo, en el Parlamento francés, en los trabajos preparatorios del Code, en ningún momento se menciona al principio *superficies solo cedit*, sólo se hace mención al principio de accesoriedad refiriéndose a los artículos 565 y ss. del Code, dedicados a la accesión mobiliaria. Explica PORTAILS, que ante el

viejo brocardo romano no ha sido bien recordado. Y en este sentido, razón tiene, el profesor MONTEL¹⁶⁷, cuando pone de manifiesto que *la reserva contenida en la segunda parte del artículo 934, de cuanto dispongan los artículos 935-938, debería haber sido mejor formulada*, porque tras declarar en el artículo 934 del Codice, supuestamente, el principio *superficies solo cedit*, señala como excepciones al mismo las contenidas en los artículos 935 a 938 y dejando a salvo el artículo 938 (que efectivamente contiene una excepción al brocardo romano, al regular las construcciones extralimitadas), los demás preceptos, el 935, 936 y 937, no son sino manifestación —la consagración verdadera¹⁶⁸— del principio *superficies solo cedit*, donde se encuentran disciplinadas las consecuencias jurídico-reales y obligacionales de la entrada en juego de la máxima romana, de modo análogo a como lo hacen los artículos 360 a 365 C.c.¹⁶⁹

complicado supuesto de determinar a quién se atribuía la propiedad de lo edificado y plantado en terreno ajeno, GROTIUS propuso la solución de crear una sociedad entre el *dominus soli* y el *dominus materiae*, cuyo principal defecto como advertía Puffendorf era el de la difícil división o reparto. Por ello finalmente se decidió retornar al Derecho romano. Éste retorno se justificaba, en el supuesto contemplado en el artículo 554 del Code (nuestro 360), para evitar un enriquecimiento injusto y porque la destrucción de lo edificado sería contrario a la equidad, sería como resolver un mal con otro mal; y en el supuesto contemplado en el artículo 555 del Code (nuestro 361), porque al fin y al cabo se trata de corregir una intromisión ilegítima en la propiedad ajena. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 108.

¹⁶⁷Afirma MONTEL, op. cit., pág. 133 a 138 que “la reserva de cuanto es dispuesto en los artículos 935-938, contenida en la segunda parte del artículo, habría podido ser mejor formulada, en cuanto que la derogación al principio es contenida solamente en el artículo 938, que atribuye a quien haya construido de buena fe sobre una porción de terreno ajeno, la propiedad de tal porción...”. No obstante lo anterior, continúa diciendo este autor “los artículos 935, 936 y 937, no derogan al principio sino que se limitan a regular las relaciones entre el propietario y el constructor, reconociendo al segundo derechos de carácter meramente personales”.

¹⁶⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 111. Advierte este autor, que no ha de sorprendernos que siendo mal entendida y mal reflejada la máxima romana en los Códigos civiles francés e italiano, luego haya venido cierta doctrina a tergiversar, con bastante éxito, su fundamento, queriendo considerarlo caduco por justificarlo sólo económicamente. Y se lamenta de que también haya ocurrido en nuestra doctrina, entendiéndolo inexplicable, porque jamás, ni antes ni ahora, el principio *superficies solo cedit* ha tenido ese quimérico fundamento socio-económico. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La propiedad y sus problemas actuales*, Editorial Reus, Madrid, 1963, pág. 57 y ss., analiza la problemática actual de la propiedad, la desintegración del derecho de propiedad por la progresiva reducción de los poderes dominicales y entre las causas que motivan la referida crisis hacer referencia a la era del orden económico-social, a esa tendencia dominante denominada socialización de la propiedad.

¹⁶⁹El Artículo. 935 dispone: “Opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui”, equivalente a nuestro 360 C.c. “obra hecha por el propietario del suelo con materiales ajenos”. Artículo. 936: “Opere fatte da un terzo con materiali propri” “obra hecha por un tercero con materiales propios”, supuesto disciplinado en nuestro artículo 361 y ss C.c. y el Artículo. 937: “Opere fatte da un terzo con materiali altrui” “Obra hecha por un tercero con materiales ajenos”, equivalente a nuestro artículo 365 C.c.

Capítulo 2

Presupuestos para la aplicación del principio *superficies solo cedit*

Índice del capítulo:

2.1	Aplicación restringida a la efectiva concurrencia de unos presupuestos tasados. Planteamiento de la cuestión	39
2.2	Unión o incorporación	42
2.2.1	Necesaria delimitación de las dos fases de la unión	42
2.2.2	Requisitos que ha de presentar necesariamente la unión	48
2.2.2.1	Indivisibilidad o unión inseparable de la obra	49
2.2.2.2	La unión ha de originar un todo único	58
2.2.2.3	Res aliena	60
2.3	Falta de acuerdo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas	67
2.4	Cosa principal y cosa accesoria	73

2.1. Aplicación restringida a la efectiva concurrencia de unos presupuestos tasados. Planteamiento de la cuestión

Resulta frecuente en la doctrina hablar de accesión a favor del propietario en todos aquellos casos en los que un tercero construye en terreno de aquél, independientemente del título que ese tercero pueda ostentar sobre aquel terreno. Dándose exclusivamente un uso descriptivo y no regulativo al polisémico término accesión, en el que se engloba todo fenómeno caracterizado por la construcción en suelo ajeno, y por la permanencia de lo edificado en la titularidad del dueño del *solum* cuando cesa el título que concedía al tercero un derecho de aprovechamiento¹. Así, se habla de la accesión a favor del

¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 201.

dominus soli de las mejoras llevadas a cabo en su *solum* por el arrendatario, usufructuario, etc, aunque con ello no se quiera significar otra cosa que el simple hecho de que al final de la situación arrendaticia, por ejemplo, las mejoras quedan en beneficio de la finca. Lo normal, en tales casos, es que si se edifica, planta o siembra proceda la aplicación, no de las normas de la accesión, sino las reguladoras de la relación entre los interesados².

²En tal sentido se pronuncian las SSTS de 28 de febrero de 1906 (JC, 75), de 17 de diciembre de 1955 (RJ 1955/3636), de 14 de junio de 1956 (RJ 1956/2702), de 5 de marzo de 1959 (RJ 1959/1095), 28 de febrero y 12 de marzo de 1976, y las de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979/420). Esta última sentencia, resuelve el siguiente supuesto de hecho, arrendada verbalmente una finca rústica en la que el arrendatario-actor desarrolla su actividad de explotación de aserradero de madera a cambio de una renta mensual de 7.500 pesetas (impagada) y en la que realiza una serie de edificaciones, concretamente un pabellón destinado a instalación de los necesarios utensilios del ejercicio de su actividad. Éste interpone demanda solicitando que se condene al arrendador a otorgar escritura de compraventa por efecto de la “accesión invertida”, y subsidiariamente a que le pague el valor de la construcción levantada en el fondo arrendado, invocando la existencia de un derecho de superficie. Frente a tal demanda el arrendador formuló reconvencción acogida parcialmente por la sentencia del juez *a quo*, declarando que el uso de la finca responde a una relación arrendaticia sometida al ordenamiento común, que queda resuelta por falta de pago de la renta, e impone el desalojo del arrendamiento. Confirmada tal sentencia en apelación el arrendatario formula recurso de apelación, esgrimiendo los motivos anteriormente señalados, a los que el TS contesta: “Que tratándose en el supuesto enjuiciado no de un arrendamiento complejo superficiario y ni siquiera de una locación *ad meliorandum*, pues el edificar no era una obligación del arrendatario recurrente, sino facultad libremente ejercitable por cuanto no se le impuso la prestación de un *facere* consistente en la realización de las obras, claro está que no cabe hablar de la constitución de un derecho de superficie, según ha precisado esta Sala en STS de 5 enero 1967 (RJ 1967/73), que a su vez menciona las de 5 febrero 1953 (RJ 1953/571) y 26 octubre 1956 (RJ 1956/3414), y si el propósito arrendaticio ha sido no sólo el prevalente sino el único contemplado por los contratantes, también ha de ser rechazado el motivo segundo, que por el mismo cauce del anterior aduce violación del art. 361 del C.c. y de la doctrina legal contenida en las SSTS de 31 mayo 1949 (RJ 1949/721), 17 junio 1961 (RJ 1961/2728), 15 octubre 1962 (RJ 1962/3870), 29 mayo 1970 (RJ 1970/2503) y 26 febrero 1971 (RJ 1971/1044), alegando que «se extinguió el derecho de superficie y por tanto entra en juego el principio de la accesión del C.c., considerando en nuestro caso como principal los pabellones edificados y como accesorio el terreno rústico propiedad del demandado», impugnación improsperable por las siguientes razones: a) no puede invocarse la «construcción extralimitada» cuando faltan los requisitos básicos de la parcial edificación en suelo ajeno y la racional creencia del propio dominio sobre el terreno invadido, según la doctrina jurisprudencial ha precisado al señalar los presupuestos de tal situación —SSTS de 17 junio 1961, 26 febrero y 17 junio 1971 (RJ 1971/3250), 19 abril 1972 (RJ 1972/1819), 23 octubre 1973 (RJ 1973/3805) y 22 febrero 1975 (RJ 1975/721), entre otras—, obviamente incumplidos cuando la construcción ha sido totalmente levantada o edificada en predio que se sabe ajeno; b) la accesión invertida nada tiene que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario, que vienen reguladas por su específica normativa, esto es, por los arts. 1573 y 487 del C.c. —STS de 17 diciembre 1955 (RJ 1955/3636)—, ni con las llevadas a cabo por un adquirente del predio en virtud de contrato extinguido por resolución —STS de 14 junio 1956 (RJ 1956/2702)—...”. En términos análogos se pronuncia la SAP de Huesca de 5 de abril de 2002 (JUR 2002/153412), que respecto a unas obras realizadas en una vivienda por la actora-usufructuaria, rechaza la accesión y concluye: “No existe, por tanto, una auténtica situación de enriquecimiento injusto, de modo que no es posible declarar el derecho del actor a ser reembolsado por los gastos y mejoras realizados en el ático litigioso, máxime si se tiene en cuenta que, como ya dijimos en nuestra STS de 7 de abril de 1998 (AC 1998, 794) si el usufructuario, según el art. 487 C.c., puede hacer en los bienes las mejoras útiles o de recreo que tenga por conveniente, con tal de que no altere la forma y sustancia, pero no tiene por ello derecho a indemnización, sin perjuicio de la posibilidad de retirar dichas mejoras sin detrimento de los bienes, no creemos que el prearista

El peligro se encuentra cuando se pretende dar una *función regulativa* al término *accesión*, esto es, considerar que siempre que se produce una incorporación de materiales en la forma prevista en el artículo 334 C.c. (en sus tres primeros apartados), tiene igualmente aplicación la regla “*superficies solo cedit*”, es decir, que todo lo edificado en terreno ajeno pertenece al propietario de éste, o lo que es lo mismo, que el principio romano actúa en todos los supuestos de incorporación como efecto inmediato de la unión de cosas con independencia del título que pueda ostentar el constructor, del motivo por el que realiza la construcción o de la relación jurídica que vincula al propietario del suelo con el constructor. Es lo que CARRASCO PERERA denomina “aplicación universal del hecho adquisitivo por accesión”³.

Cuando en realidad, el ámbito de aplicación del principio *superficies solo cedit* es muy reducido. El artículo 358 C.c.⁴ cuando establece que: “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”, circunscribe su alcance, en el marco de la accesión industrial inmobiliaria, única y exclusivamente a los supuestos de hecho que se recogen en los artículos 360 a 365, y precisa, para la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, la concurrencia de unos concretos y determinados presupuestos⁵:

1. Unión inseparable de cosas que pertenecen a propietarios diferentes.
2. Falta de acuerdo previo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas.
3. Carácter de las cosas unidas. Una de ellas resulta accesoria respecto de la otra. Pero en el marco de la accesión inmobiliaria industrial, se ordena *ex lege* que el suelo sea el elemento principal, y la obra o edificación, el accesorio.

Siendo preciso advertir que, si faltara alguno de estos elementos o presupuestos constitutivos no habría *accesión*, del mismo modo que si a los mismos se añadiera cualquier otro elemento con efectos fundamentales o constitutivos, tampoco la habría,

o el comodatario deban ser de mejor condición que el usufructuario”.

³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 201.

⁴Decía la STS de 2 de enero de 1928 (JC, 1), “Con relación a los bienes inmuebles conforme al artículo 358 ... el derecho que concede el artículo 353 se regula por los distintos artículos comprendidos en la Sección 2ª del Cap. II, del L. II del Código civil”.

⁵No es frecuente encontrar en nuestra doctrina autores que lleven a cabo una enumeración de los elementos precisos para la entrada en juego de la regla *superficies solo cedit*. Así, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 277, parte de una definición de *accesión* como propagación o extensión, por vía excepcional, del dominio de la cosa principal a la cosa accesoria, y con base en tal definición enumera sus elementos o presupuestos, omite el de falta de acuerdo o relación previa entre los propietarios, y añade como tercer elemento, la desaparición de la titularidad dominical sobre la cosa accesoria. Extremo que nosotros vamos a tratar como efecto de la operatividad del principio *superficies solo cedit* y no como elemento de la *accesión* en general, o de la *accesión industrial inmobiliaria* en particular. Por otro lado, CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 67, habla únicamente de dos elementos: la unión irreversible de dos cosas y que una de ellas tenga el carácter de accesoria, secundaria o menos relevante.

sino que nos encontraríamos, ante esa otra figura definida por esos elementos añadidos⁶, sin perjuicio de que pudieran aplicarse con carácter supletorio las reglas de la accesión⁷.

2.2. Unión o incorporación⁸

2.2.1. Necesaria delimitación de las dos fases de la unión

En el Derecho español es requisito determinante de la accesión del artículo 358 C.c. que exista una unión o adherencia física⁹ de lo construido al *solum*, esto es, la incorporación de bienes muebles a un inmueble será el cauce material por el que discurra el principio *superficies solo cedit* y el que le permita concretar su ámbito objetivo de aplicación. Unión, que como base física del principio de accesoriedad opera en dos fases¹⁰ diferenciadas: En la primera, la incorporación de materiales al suelo va a pro-

⁶DE BUEN, D., notas a COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, T. II, Vol. II, *De los bienes y de los derechos reales principales*, Madrid, 1923, pág. 977, que en relación a las obras realizadas por el usufructuario, reconoce que si se trata de mejoras hay que acudir a la normativa del usufructo y que en caso de que las obras, plantaciones o siembras no queden bajo el concepto de mejoras, el usufructuario deberá ser considerado como obrante de mala fe, puesto que sabía que no era dueño.

⁷Solución supletoria por la que opta el Tribunal Supremo en la sentencia comentada por PLANA ARNALDOS, M^a. C., “STS de 17 de septiembre de 2003: Contrato de cesión de suelo a cambio de edificación. Resolución del contrato. Restitución: aplicación de las normas de accesión”, en *CCJC*, N^o 65, 2004, págs. 673 a 688. El Tribunal Supremo conoce de un supuesto de resolución contractual por incumplimiento de la parte constructora que había suscrito con los propietarios del solar un contrato de cesión de solar a cambio de edificación futura, sometido a condición resolutoria para el caso de que la ejecución de la obra no se termine en dos años y a condición suspensiva, sometiendo la virtualidad del contrato a la efectiva ejecución y entrega de la obra al cedente. Como advierte la autora, el Tribunal Supremo, estima mala fe en el constructor y aplica las normas de accesión a favor del propietario del terreno sin contraprestación, aunque resulta llamativo porque en el contrato existía una cláusula expresa que establecía que en caso de incumplimiento por el constructor, el cedente haría suya la obra construida sin indemnización, y sin embargo, ninguna de las instancias hace referencia a tal cláusula.

⁸Entre la doctrina española SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 123, se ocupa detalladamente del presupuesto de la unión.

⁹PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 234, habla de accesión como “fenómeno de adherencia física” ya que “la propiedad del suelo absorbe la propiedad de lo que se ha puesto en la superficie”.

¹⁰Véase, a este respecto, CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 171 a 183, concretamente a la por él bautizada como “teoría del doble efecto”, en virtud del principio de accesoriedad: el primer efecto es el de la “inmovilización” por incorporación, *ex art.* 334 C.c., y el segundo, el de la accesión por el principio *superficies solo cedit*. La regla del doble efecto para CARRASCO PERERA, no es una técnica regulativa, ni un principio derivado de un sistema concreto de Derecho. Es principalmente un modelo de estudio, un “tipo”, en el sentido weberiano que corresponderá más o menos a cada sistema jurídico y cuya principal función es la interpretativa. No quiere decirse que el legislador pensara en ella al regular la accesión, ni que en nuestro Derecho la inmovilización sea la *ratio iuris* de la regla *superficies solo cedit*. Continúa este autor afirmando que con este modelo se puede afrontar el estudio de ciertos problemas relativos a la accesión, y concretamente, la técnica adquisitiva que supone el principio *superficies solo cedit*.

vocar su “inmovilización”¹¹ y la mutación de su condición jurídica, adquiriendo la naturaleza inmueble de la finca en la que tales materiales se asientan. Entraría, de este modo, en juego el principio general *accessorium sequitur principale*¹², para cumplir, única y exclusivamente, la función regulativa recogida en los tres primeros apartados del artículo 334¹³, sin afectar a los títulos que las partes ostentan sobre los bienes en lid, pero sí a su naturaleza jurídica¹⁴, pues la obra, que es cosa accesorio, adquiere la condición de inmueble del bien principal al que se adhiere: el suelo¹⁵.

En una segunda fase, sería ya el principio *superficies solo cedit*, como consecuencia de la inmovilización resultante de la incorporación, el que provocaría como efecto directo, la mutación de los títulos que las partes ostentan sobre las cosas unidas. De este modo, se impone por nuestro Ordenamiento, ex artículo 358 C.c., que la propiedad de la cosa incorporada en predio ajeno corresponde al dueño de la cosa raíz¹⁶: el suelo,

¹¹La referida inmovilización se funda, en que dichos bienes (los contemplados en los apartados 2º y 3º del 334 del C.c., junto a los enumerados en el apartado 1º —a excepción del suelo (“las tierras”) que merece la calificación de inmueble por naturaleza)—, conforman una unidad real con el inmueble al que se encuentran unidos, y de las notas de adherencia o inseparabilidad de esa unión se deriva, que los inmuebles por incorporación carecen de autonomía propia y quedan absorbidos por el inmueble del que forman *parte integrante*, según terminología importada del sistema alemán. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Comentario al artículo 334 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III y IV, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 2709.

¹²Sin pretender reiterar todo lo esgrimido en defensa del principio *superficies solo cedit*, el alcance de esta unión fundamenta tal principio, y con él, toda la accesión inmobiliaria. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 239.

¹³Se reconoce desde la doctrina francesa, (DEMOLOMBE, op. cit., nº 93 y ss., págs., 37 y ss.) de cuyo Código civil parte la clasificación de los distintos tipos de inmuebles, que en el artículo 334 hay tres tipos de inmuebles: Los inmuebles por incorporación, recogidos en los números 1, 2 y 3 del precepto. Como inmuebles se consideran los edificios, caminos y construcciones adheridas al suelo, las plantas y frutos pendientes, y en general, todo lo que esté unido al suelo de manera fija, de modo que no sea posible la separación “sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto”. Se caracterizan por su unión fija al suelo y por formar con éste un todo, sin necesidad de que exista una determinada voluntad por el incorporante. Como se verá sobre este tipo de inmuebles se circunscribe la eficacia de la regla *superficies solo cedit*. Un segundo tipo, lo integran, los inmuebles por destino o pertenencias, comprendidos en los números 4 al 7 de este artículo. Se caracterizan por una cierta permanencia en su relación con el fundo, se exige una declaración de voluntad del propietario de dedicarlos a la finca y no es requisito de los mismos el hecho de estar unidos a la finca de modo fijo. El tercer tipo son los inmuebles por analogía cuya trascendencia para el objeto de nuestro estudio es nula.

¹⁴La jurisprudencia a veces ha acudido a esta primera fase, la inmovilización ex artículo 334, para justificar cuestiones de dominio. Así lo apreciamos en la STS de 4 de junio de 1925 (JC, 9), por la que se declara la nulidad de una cláusula testamentaria referente a un terreno troncal. Declarada la nulidad de la institución de un chalet sobre terreno troncal a persona distinta de los familiares directos del causante, se acude al principio *superficies solo cedit*, no con base al razonamiento de que siendo el suelo propiedad de los demandantes tienen derecho por el principio *superficies solo cedit* a hacer suyo el chalet, sino porque la condición de inmueble se comunica al chalet, debiendo éste seguir la suerte de aquel.

¹⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 239.

¹⁶DE BUEN, notas a COLIN, y CAPITANT, op. cit., pág. 975, manifiesta que “la incorporación no sólo produce una inmovilización de los bienes, sino también una transmisión de la propiedad a favor del dueño del suelo” y “habla de transmisión definitiva” para el caso de posterior separación pues para él no renace el derecho del anterior propietario. Para DEMOLOMBE cuando se refiere a la inmovilización por incorporación del edificio unido al suelo de forma más sintética afirma “Se presume que pertenece

porque... *superficies solo cedit*.

Es, por tanto, la inmovilización, la condición de posibilidad del principio *superficies solo cedit*, y queda, de este modo, circunscrito su ámbito objetivo de aplicación a los inmuebles a que se refieren los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 334 C.c., caracterizados por su unión fija al suelo, y por llegar a formar con él un todo inseparable sin necesidad de que exista una específica voluntad del incorporante, ni una cualidad determinada en su persona para que se produzca la inmovilización. Así, sólo los inmuebles por incorporación caerán bajo la órbita de la máxima romana. Realidad reconocida por la totalidad de la doctrina, y así, lo ha entendido también la jurisprudencia al exigir, para que se produzca la accesión, la inmovilización por incorporación, o lo que es lo mismo, cualquier tipo de incorporación a un inmueble que revista los caracteres de no susceptibilidad de separación sin quebrantamiento de la materia y deterioro del objeto.

En estos términos se pronuncia el TS en su sentencia de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2282) donde afirma que: “no todo lo que se une a un inmueble adquiere esta misma cualidad. La unión ha de ser fija, calificativo que aquí significa por disposición legal que no puede separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, lo que implica que forma parte del mismo y por eso éste se destruye o deteriora con la separación... los bienes en cuestión (refiriéndose a los inmuebles por incorporación) contribuyen a la formación del inmueble son partes físicas del mismo”¹⁷. En igual sentido, la SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115397)¹⁸ y la SAP de Granada de 7 de julio de 2006 (AC 2007/125)¹⁹.

al propietario”, DEMOLOMBE, C., *Traité de lá distinction des biens; de la propriété; de lusufruit, de lusage et de lhabitation*, T. IX, París, 1866, nº 654, págs. 568 y 569.

¹⁷El TS en su sentencia de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2282) entendió que una estructura metálica que integraba una planta para la fabricación de piensos no era inmueble por incorporación y como tal podía ser separada o retirada, en contra de lo pretendido por el recurrente que había alegado en su recurso infracción por no aplicación del apartado 3º del artículo 334 y pretendía que la estructura metálica fuera declarada inmueble por incorporación para así evitar su retirada y la condena de entrega a quien propugnaba su propiedad.

¹⁸La SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115397), declara en un supuesto de obras realizadas por el contratista que el dueño de la obra adquiere la propiedad de los materiales sólo en el momento en que los mismos quedan incorporados al suelo de forma inseparable., por lo que le permite retirar todos aquellos que pueden separarse sin causar un quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

¹⁹La SAP de Granada de 7 de julio de 2006 (AC 2007/125) considera que “las cámaras frigoríficas y de maduración que existen en la nave no son, en modo alguno, elementos separables del inmueble que los demandados adquirieron al BEX, el cual se los había adjudicado en subasta en el procedimiento ejecutivo 127/91. El informe pericial ha dejado claro que dichas cámaras son parte de la nave, están integradas en su estructura, son elementos de obra y, por tanto, no puede separarse sin deterioro del inmueble a que están incorporadas. A ello no es óbice el que pueda realizarse una valoración económica independiente, pues es la cualidad de la separabilidad sin menoscabo la que ha de determinar la independencia jurídica a los efectos de la transmisión. Como bien señala la sentencia se trata de un bien inmueble por incorporación del art. 334, 3º del Código civil, los que según la aludida STS de 30 de marzo 2000 (RJ 2000/2431) «al ser parte integrante de aquel al que se unieron no pueden ser objeto de negocio jurídico de clase alguna de forma separada», pues, de entender lo contrario «la sustancia» del inmueble adquirido quedaría gravemente menoscabada. Por tal razón, no era precisa una descripción particular ni una referencia concreta a dicha cámaras en la diligencia de embargo, en el Auto de adju-

Como vemos, lo característico de los sistemas latinos²⁰ y, en concreto, de la regulación ofrecida en nuestro Código civil, es que se desdobra en dos artículos *presupuesto* y *consecuencia*, esto es, nuestro artículo 334 C.c. no contiene mandato alguno que imponga una consecuencia jurídica derivada del carácter inmueble de los elementos incorporados o destinados. Es más, el ámbito de tal precepto, de sus efectos, es mucho más amplio que el ámbito de aplicación de la regla *superficies solo cedit*, y habrá determinados casos en que la accesión no será el título por el que lo construido quede en beneficio del *solum*, y ocasiones en las que la incorporación de bienes muebles al suelo no determinará mutación dominical alguna²¹. El artículo 334 C.c., sólo afirma que en determinados supuestos ciertos bienes son inmuebles, pero no deriva de ello consecuencia alguna. La consecuencia jurídica hay por tanto que localizarla en otras normas y en sede de accesión inmobiliaria industrial, respecto a los inmuebles por incorporación, la “laguna”²² del artículo 334 C.c.(en sus tres primeros apartados) debe ser integrada por el artículo 358 C.c.

Esto no ocurre en otros sistemas, como el anglosajón, donde no existen escisiones entre presupuesto y consecuencia. El principio del Common law, “quicquid plantatur solo, solo cedit”²³, se concreta en una inclusión del todo en la *real property*. En este término se integra la teoría de la inmovilización y los efectos adquisitivos del principio *superficies solo cedit*. Por ello, en el Derecho anglosajón para derogar el principio romano bastará con considerar que lo unido orgánicamente al suelo no pertenece a la *real property*, sino a la *personal property* o patrimonio personal de quien sin ser titular del suelo ha edificado en él.

Tampoco ocurre en el sistema alemán, donde se exige, para que entre en juego

dicación o en la escritura de venta posterior, como tampoco lo es cuando se enajena un inmueble hacer referencia a los elementos que lo conforman”.

²⁰El punto esencial de la divergencia de los distintos sistemas jurídicos radica en que la consecuencia jurídica o traslado dominical, puede darse en la primera fase, esto es, hay sistemas que prevén al mismo tiempo un efecto sobre la titularidad de lo incorporado, mientras que en otros sistemas la consecuencia se obtiene por separado, de modo que la inmovilización constituye una condición de posibilidad de la entrada en juego de la regla *superficies solo cedit*.

²¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 204. Entiende este autor que la incorporación de materiales al suelo puede ser el supuesto de hecho de una tradición, de un modo de adquirir caracterizado por la entrega subsiguiente a una justa causa. Pone como ejemplo el supuesto del artículo 361 donde el *dominus soli* está facultado a imponer al constructor la compra del terreno. Considera que el constructor no adquiere por “accesión invertida” como entiende un sector doctrinal (SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 164 y GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 159) sino por justa causa seguida de entrega (si es que no estuviera ya en posesión). Entiende que la incorporación de materiales a suelo ajeno puede también valer como tradición siempre que se modalice por convenio los efectos de aquella incorporación y cita como ejemplo el caso en que *dominus soli* convenga con el constructor la transmisión definitiva a éste de lo incorporado, equiparándose la accesión a la tradición en la constitución de un derecho superficiario. O podría convenirse que el propietario que emplea los materiales ajenos adquiera éstos por tradición seguida de justo título y pone de ejemplo el caso de que el propietario compre los materiales una vez empleados y se extiende el convenio a que la tradición se supla con la incorporación anterior.

²²CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 182.

²³Traducido como “Lo que está colocado en el suelo pertenece a la tierra”. En Derecho romano esta máxima se aplicaba sobre todo para determinar que los árboles y los cultivos eran parte integrante del *solum*.

el mandato de consecuencias jurídicas que supone la regla *superficies solo cedit*, que la cosa unida se convierta en “parte integrante”²⁴, en “parte esencial”²⁵ del inmueble o “Bestandteil” (cfr. §§ 946 y 951 del BGB), porque no son posibles, conforme a lo previsto en la norma fundamental recogida en su § 93 BGB, derechos separados sobre las partes integrantes de una cosa²⁶.

En el BGB, el supuesto de hecho de la adquisición de la naturaleza de *parte integrante* constituye, al mismo tiempo, el supuesto de hecho de la mutación dominical; esto es, la inmovilización ya contiene la previsión de la consecuencia jurídico-real. De tal modo que, en la medida que una cosa es considerada “Bestandteil” o “parte integrante”²⁷, su propiedad, en ese mismo momento, pertenece al *dominus soli*. Y es que, en derecho alemán, la regla *superficies solo cedit* es imperativa, e imposible su derogación, aunque sí es posible crear la situación apropiada para que el edificio no adquiera la cualidad de *parte integrante* del suelo. Así el parágrafo 95 del BGB considera como excepciones al principio *superficies solo cedit*, por no ser considerados parte integrante del *solum*, los edificios levantados para un fin temporal o los casos de existencia de un derecho a favor del que construye sobre el fundo²⁸. Supuestos que también, podrían

²⁴Es opinión generalizada en nuestra doctrina (DÍEZ PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, SANTOS BRIZ, LÓPEZ, MEDINA) y destacada por nuestra jurisprudencia, vid. SSTs de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2282), 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2431) y 21 de julio de 2000 (RJ 2000/5499), también la SAP de Granada de 7 de julio de 2006 (AC 2007/125) y doctrina registral, vid. la RDGRN 5 de mayo de 2000 (RJ 2000/5830), que los bienes inmuebles por incorporación participan del concepto de *parte integrante*, del sistema alemán. Aunque tal postura no está exenta de detractores como LASARTE, que afirma que la condición de inmueble por incorporación no precisa atender a la esencialidad o necesidad de tales pretendidas partes integrantes. Es más, el encabezamiento del número 3º del artículo 334 establece con paladina claridad que tiene naturaleza inmobiliaria “todo lo que esté unido a un inmueble” siendo posible, por tanto, que lo incorporado sea esencial o connatural a la cosa principal o por el contrario, meramente accesorio o complementario. Rechaza este autor igualmente la fundamentación dada por ENNECERUS, al concepto de parte integrante como concepto útil para evitar la destrucción de valores económicos por la separación de las partes integrantes de la cosa, misión del ordenamiento jurídico. LASARTE considera que ese mismo resultado se consigue acudiendo a la idea de “quebrantamiento” o “deterioro” de las cosas establecida en nuestro código. Detalla esta polémica doctrinal GUTIÉRREZ SANTIAGO, op. cit., pág. 2709. También en ENNECERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Derecho de cosas*, T. III, Vol. I, *Poseción, Derecho Inmobiliario, Propiedad*, traducción española y notas de adaptación por B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1936, pág. 432.

²⁵Nos explica ENNECERUS op. cit., págs. 432 y 433, que el BGB para hablar de parte integrante esencial de una cosa requiere una conexión de la cosa principal con la que es parte de ella, conexión de carácter corporal, y que el todo sea considerado en el tráfico jurídico como una cosa única. Además exige que las cosas no puedan ser separadas sin daño de la parte o del resto compuesto o que la separación produzca una modificación de la sustancia de los bienes unidos. Advierte este autor que el concepto de parte integrante se determina a tenor de las concepciones del tráfico o, siempre y cuando no pueda averiguarse cuáles sean éstas o si son diversas en los círculos interesados, conforme a puntos de vista económicos.

²⁶NÚÑEZ BOLUDA, op., cit. págs. 32 y 33.

²⁷Se considera parte integrante esencial de un inmueble, a los edificios y lo que se une al suelo de manera fija (*fest verbundenen Sachen*), e incluso aquellas cosas que sin tener conexión física con la cosa principal que es el edificio, estén instalados en él para su fabricación (*Zur Herstellung eingefügten Sachen*). CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 177. Considera este autor que la noción de “parte integrante” es el equivalente de lo que entre nosotros se conoce como inmuebles por incorporación.

²⁸Entre la doctrina alemana no existe unanimidad sobre si el *Ausübung eines Rechtes* del parágrafo

tener cabida entre nosotros como “posibles excepciones, modalizaciones o derogaciones” del principio *superficies solo cedit*²⁹.

Llegados a este punto resulta necesario hacer una aclaración, porque cuando decimos que en el derecho alemán el *principio superficies solo cedit* es un principio imperativo, se está manteniendo algo totalmente distinto a cuando se sostiene entre nosotros que el artículo 358 C.c. también lo es. En Derecho alemán, la voluntad de las partes puede decidir que se excluya el carácter de parte integrante respecto de un edificio porque en aquel sistema el concepto de parte integrante no es “fiscalista”³⁰, sino “técnico-jurídico”, y una vez que no se ha excluido tal carácter, se aplica de modo irremediable la máxima romana. En nuestro sistema, por el contrario, no se puede derogar³¹ el efecto de la primera fase de la accesión inmobiliaria industrial, es decir, no se puede aceptar que por voluntad de las partes interesadas (*dominus soli* y *dominus materiae*) una edificación deje de ser inmueble³², pero sí puede entrar en juego, en cierto modo, la autonomía de la voluntad de los sujetos implicados en la segunda fase y modular o incluso rechazar los efectos del *superficies solo cedit*.

En síntesis, en nuestro sistema el principio de accesión, respecto al presupuesto de la unión o incorporación, conlleva cuatro exigencias:

1. La extensión objetiva de la primera fase, la inmovilización por incorporación (ex artículos 334. 1º, 2º y 3º C.c.), determina la extensión material de la segunda fase, donde entraría en juego el principio *superficies solo cedit*. El *dominus soli* sólo podrá adquirir por accesión aquello que objetivamente ha devenido inmueble por incorporación (siempre y cuando concurren además de la inmovilización por incorporación, los requisitos de ajenidad y ausencia de relación jurídica o acuerdo de voluntades de los sujetos propietarios de los bienes en lid).
2. El título que explica el traslado dominical a consecuencia de la incorporación, debe ser siempre una *adquisición por accesión*. Sólo la regla *superficies solo cedit* constituirá el “*modus acquirendi*”³³ de las cosas incorporadas.

95-II, del BGB, se refiere igualmente a derechos personales. CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 178, nota 14, cita a los autores: TOBIAS, BIERMANN y VENNEMANN.

²⁹Cuestión meramente apuntada aquí y que será objeto de desarrollo en la parte tercera del presente trabajo, referida a las posibles excepciones al *superficies solo cedit*.

³⁰CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 179.

³¹Una modificación en el estatuto de los bienes inmuebles no se produce por dos motivos: en primer lugar porque tradicionalmente la doctrina latina ha excluido el juego de la autonomía de la voluntad en esta materia, de forma que los efectos del artículo 334 en sus tres primeros apartados no puede hacerse depender de la destinación individual y la función personalmente atribuida a lo edificado. En segundo lugar, por el principio aplicable aquí por analogía “*nemo sibi causam possessionis mutare potest*”. CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 185.

³²GUTIÉRREZ SANTIAGO, op. cit., pág. 2709. Recuerda esta autora que al hilo de lo señalado interesa recordar que los inmuebles por incorporación siguen la misma suerte que el inmueble del que forman parte y sólo pueden ser objeto de los mismos derechos reales que recaen sobre la cosa inmueble en su conjunto. En idéntico sentido, DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 197 y 198.

³³CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 173 y 174.

3. Puesto que la inmovilización por incorporación que implican los tres primeros apartados del artículo 334 C.c., se produce con total independencia de la voluntad de los interesados (no se trata de un negocio jurídico, no se necesita ni capacidad, ni forma, ni causa para inmovilizar), será necesario entender que el traslado dominical que conlleva la regla *superficies solo cedit* se produce automáticamente sin necesidad de declaración previa del *dominus soli*, convenio o cualquier otros requisito que actúe como *condictio iuris* de la adquisición.
4. El supuesto de hecho de la primera fase lo constituye la incorporación a un inmueble como base material de la inmovilización. Ese supuesto de hecho es, al mismo tiempo, el supuesto de hecho o presupuesto de la segunda fase o consecuencia. Ahora bien, hemos de precisar que ambas fases se producen en la misma unidad temporal, esto es, la inmovilización por incorporación y el traslado dominical a favor del *dominus soli* se produce en un “instant de raison”, como diría POTHIER³⁴.

2.2.2. Requisitos que ha de presentar necesariamente la unión

Los requisitos que han de cumplir los bienes muebles (en nuestro caso, los materiales de construcción unidos al *solum*), para que puedan ser considerados inmuebles por incorporación y quedar sometidos a los efectos del principio *superficies solo cedit*, deben deducirse de las expresiones “unión fija” y “quebrantamiento de la materia y deterioro del objeto” del artículo 334.3º C.c. y son los que a continuación detallamos:

³⁴CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 174.

2.2.2.1. Indivisibilidad o unión inseparable de la obra

La unión o incorporación ha de hacer inseparables³⁵ las cosas unidas al inmueble al que son incorporadas, de tal modo que, si la cosa accesoria es susceptible de separación, no habría accesión³⁶. Aunque esta inseparabilidad no debe entenderse en términos absolutos, pues como observan BONFANTE³⁷ y BIONDI³⁸, todas las cosas unidas pueden separarse. De ahí que se haya hecho descansar la nota de inseparabilidad, bien en la circunstancia de la no posibilidad de separación sin destrucción (WÄCHTER y GÖPPERT)³⁹, bien en la exigencia de una fusión orgánica definitiva de las cosas unidas creándose así una única cosa simple (BONFANTE)⁴⁰ o bien, se considere inseparable aquella unión que impide a las partes componentes, en caso de separación, recobrar su primitiva individualidad (WINDSCHEID)⁴¹.

Por lo que respecta a nuestro Código civil, su letra también parece partir de que todo es separable desde una óptica física, y acude para determinar la inseparabilidad

³⁵Inseparabilidad es el calificativo empleado con más frecuencia por nuestra jurisprudencia. Lo encontramos en la STS de 18 de febrero de 1971 (RJ 1971/1342), donde se discute si la unión tiene un carácter temporal o definitivo y declara expresamente que la accesión exige que “la unión sea de modo inseparable”, pues de no haberla “no habría verdadera accesión”. La sentencia de 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/2132), dispone que la unión ha de ser de tal naturaleza que las cosas no puedan separarse sin detrimento. La STS de 11 de marzo de 1985 (RJ 1985/1137), para que exista accesión es necesario que “con la edificación resulte un todo indivisible entre el terreno ocupado y lo edificado sobre él”. En idéntico sentido, las SSTS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126) y de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171). En la jurisprudencia menor, la producción de un todo indivisible entre lo construido y el terreno invadido, se exige entre otras muchas por la SAP de Badajoz de 23 de diciembre de 2003 (JUR 2003/74918), para un caso de invasión del terreno del actor por los pilares de reforzamiento del muro. Vid. también la SAP de Palencia de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2004/278049), que declara indivisible las obras realizadas en finca ajena para una nueva instalación de tuberías en un patio común. Por el contrario, el TS en su sentencia de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584), en un caso de extralimitación de una plantación rechaza la concurrencia, en este caso, de la doctrina de la accesión invertida precisamente por faltar el requisito de la indivisibilidad, entre lo construido y el suelo sobre el que se construye. También desestima la pretensión de la actora de adquisición de la propiedad ocupada por accesión al faltar los requisitos de indivisibilidad en relación a unas instalaciones del camping (cabañas de madera, de fontanería y eléctricas) colocadas invadiendo el terreno de la demandada la SAP de Murcia de 16 de julio de 2015 (AC 2015/1279).

³⁶NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 30 y 31.

³⁷BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, 4ª edizione, Elibron Classics, Milano, 2006, pág. 216 a 218, además considera como cosa principal entre dos unidas, aquella que determina la esencia y la función social del todo y del conjunto y accesoria la que está al servicio de ella.

³⁸BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1972, pág. 164.

³⁹WÄCHTER y GÖPPERT exigen una “Conjunción insoluble, como la única que da origen a una verdadera accesión. Debe entenderse como una unión tal que las dos cosas no puedan ser separadas, sin ser dañadas o destruidas”. Citados por SANFILIPPO, op. cit., págs. 131.

⁴⁰Para BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, vol. 2º, *La proprietà*, 2ª parte, Milán, 1968, pág. 97, «la unión exigida para que produzca accesión debe ser “orgánica”, o sea, tal que en la conciencia económico-social se reputa orgánica y definitiva, en cuanto, funde las dos cosas en una cosa simple». También, SANFILIPPO, op. cit., pág. 131.

⁴¹SANFILIPPO, op. cit., pág. 131, con cita de WINDSCHEID, manifiesta: “Otros creen que debe ser entendida esa unión de tal manera, que las partes componentes, aunque separadas, no pueden recuperar su individualidad primitiva”.

jurídica, no a los efectos que produciría la separación respecto del mueble incorporado, sino a la obra ejecutada, al todo único formado después de la “inmovilización”⁴². Se entiende así que habría inseparabilidad cuando la separación no pueda llevarse a cabo sin menoscabo de la obra ejecutada (artículo 360 C.c.) o sin quebranto de la materia o deterioro del objeto (art. 334.3º C.c.)⁴³.

Sobre esta base, nuestra doctrina es conforme en que debe haber una unión indisoluble⁴⁴ de lo construido al suelo sobre el que se proyecta⁴⁵. Unión que ha de ser entendida, como inmovilización inseparable⁴⁶ del edificio al *solum* con vocación de permanencia⁴⁷ en el tiempo⁴⁸, lo que excluiría las simples instalaciones temporales de material desmontable⁴⁹, porque no basta, a los efectos de la accesión, con la mera colocación de objetos sobre el suelo⁵⁰. Como asevera GARCÍA GOYENA, al distinguir

⁴²Desde esta óptica GORLA G, criticaba duramente al artículo 449 del Codice de 1865 (correspondiente a nuestro 360), ya que sólo atendía al daño que la separación podría causar a la cosa accesoria y proponía en su lugar que se atendiera al daño que pudieran sufrir ambas cosas. GORLA, G., *L'accessione nel diritto civile italiano, contributo dei modi d'acquisto della proprietà* Roma, A. Sampaolesi, 1931, págs. 87 a 162.

⁴³No existiría edificación si la separación fuera posible sin destruirse o, al menos, sin disgregación de los elementos integrantes. Vieja idea pero muy fructífera de VON WACHTER, según la cual, la unión ha de hacer de la edificación parte integrante esencial, no mera pertenencia. Doctrina alemana en la que se apoya ALONSO PÉREZ para definir los presupuestos o elementos de la unión que han de concurrir necesariamente para la entrada en juego del *superficies solo cedit*. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 277.

⁴⁴MEDINA DE LEMUS, “Comentario al artículo 358 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III, coord. por J. Rams Albesa, Barcelona, 2001, págs. 187 y ss. Exige este autor una unión indisoluble y estable de los materiales al suelo. Unión no destinación. Diferencia que según él queda patente en nuestro Código civil, ya que los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 334C.c. hablan de adhesión fija y, el apartado 4º y ss. de destinación o simple colocación.

⁴⁵RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CASTAÑOS CASTRO, P., “La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia”, *RCDI*, nº 740, 2013, pág. 3880.

⁴⁶CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 189, pone de manifiesto que en nuestro sistema la unión ha de ser entendida como inmovilización inseparable, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento alemán, pues el BGB considera ciertos objetos como partes integrantes sin necesidad de una unión inseparable (*feste Verbindung*).

⁴⁷DE MARTINO, F., *Della proprietà*, en *Commentario del Codice civile*, a cura de A. SCIALOJA E G. BRANCA, Libro Terzo, 4ª edizione, Roma, 1976, pág. 17. Para éste autor la incorporación debe ser valorada también en función de la duración, porque una unión transitoria puede ser deficiente si reúne los otros requisitos pero una unión efímera no puede reputarse unión a los fines de la norma. Es indiferente si la unión está realizada con cemento o con otros medios dando entrada no sólo a la unión orgánica sino también a la funcional o económica.

⁴⁸En este sentido, FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 2997, critica la unidad de tratamiento del Código en lo relativo a la edificación, plantación y siembra, hubiera sido preferible separar el régimen jurídico de la edificación, cuya incorporación se produce con vocación de permanecer en el tiempo, del régimen jurídico de la plantación o siembra, cuya incorporación puede ser permanente o temporal. También MEDINA DE LEMUS, op. cit., pág. 187.

⁴⁹MEDINA DE LEMUS, op. cit., pág. 187.

⁵⁰No opera la accesión cuando no concurren las notas de estabilidad y auténtica incorporación inseparable, cuando se trate de kioscos, de barracas y casetas de madera o de lona, de pabellones y casas de material prefabricado, de postes (STSS de 17 junio 1971 —RJ 1971/3250— y de 28 abril 1980 —RJ 1980/1564—), ni cuando se trate de casetas empotradas en las plazas o mercados, ni de los horreos o

entre incorporación y colocación⁵¹, precisando, la primera, una auténtica adhesión, los materiales han de integrarse con el *solum*⁵² porque de no haber inseparabilidad y siendo obra y suelo de distintos dueños, no habría conflicto que resolver y cada dueño se quedaría con lo suyo.

Inseparabilidad, que ha sido entendida por el Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones, como sinónimo de indivisibilidad. Así, lo ha hecho en sus SSTs de 11 de marzo de 1985 (RJ 1985/1137), 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), 23 de febrero de 1988 (RJ 1988/1277) y 8 de noviembre de 1989 (RJ 1989/9890). Concretamente, en la STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), donde construidas y vendidas cuatro casa adosadas, instituidas bajo el régimen de propiedad horizontal, el propietario de la última de las viviendas, la única que contaba con sótano, excava y lo amplía, extendiéndolo por el subsuelo de las viviendas colindantes, y en esa ampliación, a consecuencia de la existencia de un desnivel en el terreno abre incluso ventanas, aunque

paneras de las aldeas de Asturias y Galicia sostenidas por pilares de madera o piedra, esto último lo declara la SAP de Asturias de 27 de julio de 2007, que considera que no son obras a los efectos de la accesión unos cobertizos o barracas mal construidos. En idéntico sentido seguirán siendo muebles y no inmuebles por incorporación, los radiadores (STS de 26 de abril de 1978), los lavabos, inodoros, bañeras y tuberías (STS de 18 de marzo de 1961), o los ascensores, puertas, cerraduras, cristales y ventanas y aparatos de aire acondicionado, calderas, calentadores y otros elementos de fontanería y calefacción, ladrillos, tejas, baldosas, madera, vigas y bovedillas, cemento yeso, cal y áridos, etc. . . que se encuentren dentro del edificio en construcción y acopiados en la obra pero sin haber sido aún instalados. Sentencias, estas últimas, que extraemos del trabajo de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit. pág. 242, nota. 189. Vid. también la SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115397), que ante la quiebra del contratista, distingue qué materiales han pasado a ser propiedad del promotor de la obra y propietario del terreno, al haber quedado incorporados al mismo de forma inseparable y cuales pueden ser retirados sin quebrantamiento. Así, se niega la incorporación respecto “a las cajas de baldosas de pavimento, de alicatado”, también a las 6 cajas que contienen las cabinas de ascensores, porque se consideran “elementos perfectamente fungibles en el mercado, con precio propio y comercialización autónoma que podrían perfectamente haber sido sustituidos por materiales semejantes de otras marcas o calidades”, “igual solución procede adoptar respecto de los climatizadores previstos para ser alojados en vestíbulo, restaurante etc. pero todavía no colocados y las cajas de rejillas del aire acondicionado” se niega también la incorporación respecto a “los 30 pallets de mármol no utilizados”; por el contrario entiende incorporadas de modo indisoluble “las bombas de frío y calor. Se trata de maquinaria de gran volumen (aproximadamente tres toneladas de peso) que está instalada en las bancadas de su ubicación definitiva (sala de máquinas en el sótano del inmueble) y ello desde antes de que se hicieran otras obras de edificación, (de albañilería, hormigonado, electricidad y fontanería) que habrían impedido o dificultado en grado notable su colocación posterior en el inmueble; de igual manera resulta después razonablemente descartable su extracción del inmueble del que forma parte, tanto por su adscripción funcional (instalaciones del complejo, pues es la que tiene que procurar el frío o calor al hotel y los 344 apartamentos) como por la realidad de su colocación física”, también “las encimeras efectivamente instaladas. Por último, vid. la SAP de Murcia de 16 de julio de 2015 (AC 2015/1279), rechaza la accesión por no concurrir las notas de estabilidad y auténtica incorporación inseparable de unas casetas de madera instaladas en un camping, en terreno ajeno.

⁵¹En sus comentarios GARCÍA GOYENA, op. cit., págs. 340 a 344, incide en la diferencia entre incorporación y mera colocación. Hacen también hincapié en la distinción entre colocación e incorporación MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 186 y ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 325.

⁵²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 297. En idéntico sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 239, considera que a los efectos de la accesión, es necesaria una auténtica adhesión mediante pilares, muros o cimientos, así como una vocación a la permanencia.

la vía de entrada y salida era única, a través del sótano originario. El Supremo zanja el conflicto y niega la existencia de accesión porque “el local resultante no es en modo alguno indivisible, al estar señaladas las lindes de las diversas comunidades por el punto de colindancia, pudiéndose utilizar los locales, bien por aberturas de nuevas puertas, cual se hizo con las ventanas, bien por el interior”. Pronunciamiento que no nos resulta del todo aceptable porque la divisibilidad de las fincas, en este concreto caso de obra invasora, debería haber dado entrada al principio *superficies solo cedit* de la siguiente forma: lo construido sobre o bajo suelo propio del invasor será del *dominus soli* por extensión natural de la propiedad inmobiliaria, ex artículo 350 C.c., pero lo construido sobre o bajo suelo vecino será de su dueño por accesión, ex artículo 358 C.c., aplicándose, bien el art. 361, o bien, el 362 o el 363 C.c. según debiera entrar en juego la buena o mala fe del constructor o del propietario del suelo, en este caso subsuelo invadido. También niega la accesión, en este caso, la accesión invertida, la SAP de Castellón de 16 de julio de 2008 (JUR 2008/307768), respecto a un parque eólico por la separabilidad de las torres y cables de la instalación invasora, porque sin deterioro de la misma puede ser trasladada a la finca propia del constructor del parque eólico. Más curiosa y sorprendente es la SAP de Navarra de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001/212394), que niega la accesión de ladrillos caravista invasores del vuelo ajeno, tejado, por considerarlos puro y simple revestimiento exterior, totalmente accesorio que no afecta a la estructura, seguridad, ni habitabilidad del edificio, no formando por tanto con éste un todo indivisible, ordenando su demolición.

Es más, si la unión no es incorporación sino solamente destino⁵³, tampoco habría accesión⁵⁴, es decir, de haber mera colocación o reposo de los materiales al suelo, cabría la posibilidad de su conversión en inmueble por su “inmovilización”⁵⁵ derivada de la voluntad del *dominus soli*, pero única y exclusivamente mientras dure su intención de mantener esa unión⁵⁶. Así las cosas, la vinculación del inmueble por destino al

⁵³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 32.

⁵⁴BRUGI, op. cit., pág. 152.

⁵⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 240.

⁵⁶De manera que, en abstracto, podrían separarse del inmueble al que sirven sin que ninguno sufriera alteración en su integridad. GUTIÉRREZ SANTIAGO, op. cit., pág. 2712.

inmueble principal no es de tipo físico⁵⁷, sino que se trata de una conexión funcional⁵⁸ que responde a razones de tipo principalmente económico, para un mejor aprovechamiento agrícola⁵⁹, comercial o industrial⁶⁰ de aquél, basándose, tal inmovilización, en

⁵⁷Señalan autores como MEDINA, GIL, Díez PICAZO, GULLÓN, CARRASCO, ZURILLA que los inmuebles por destino, en atención a su relación de accesoriidad a un bien inmueble por naturaleza, acompañan a este último cuando se transmite, en calidad de accesorios. Ahora bien, para que esto suceda es necesario que reúnan todos los requisitos necesarios para que sean catalogados como auténticos inmuebles por destino; que son: 1º. acto voluntario de destinación por parte de propietario razón; 2º relación de servicio de la cosa accesoria respecto del inmueble principal; 3º la relación de servicio debe ser prolongada en el tiempo, de “modo permanente”. Doctrina analizada por GUTIERREZ SANTIAGO, op. cit., págs. 2712 y ss. No ha entendido concurrentes tales requisitos el TS en su sentencia de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002/1594), al entender que, en el caso de autos, el objeto de la compraventa civil celebrada no se extendía a la maquinaria e instrumentos de la industria ejercitada en el inmueble vendido, por carecer la maquinaria de la cualidad de “pertenencia” en el sentido del art. 334.5º. El TS argumentó que en el contrato litigioso se transmitía “solo una nave industrial, sin inclusión de la explotación en ella desarrollada, por lo que los accesorios que la recurrente pretende integrar en el contrato no son pertenencias de la nave, sino elementos componentes de la industria ajena al mismo, los cuales no estaban al servicio del inmueble sino de la actividad empresarial realizada en la finca. . .”. El Tribunal Supremo argumenta acertadamente “no pueden entenderse comprendidos en un contrato cosas distintas de aquellas sobre las cuales los contratantes se propusieron contratar” (art. 1283 del C.c.), y en el contrato privado claramente se establecía la venta de la finca descrita en el expositivo I, en el que se hablaba únicamente de “nave industrial” reiterándose en el contrato la palabra “finca”. En idéntico sentido, la STS de 16 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6547), que confirma la calificación de la sala como “muebles por naturaleza” y no como “inmuebles por destino”, al no ser “elementos o pertenencias del edificio, aunque instalados en partes comunes del mismo, sino de la industria de hostelería radicada en él como entidad patrimonial diferenciada; cosas que, en consecuencia, no se transmitieron con las ventas de habitaciones hechas posteriormente (que integrarían la copropiedad), dado que no se expresó así en los respectivos contratos”.

⁵⁸De tal “unidad funcional” hace expresamente referencia, respecto a los inmuebles por destino, la STS de 13 de diciembre de 1982 (RJ 1988/9033).

⁵⁹Vid. la STS de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10359) referida a unos “pivots” o elementos móviles para el riego por aspersión de una finca agrícola, en idéntico sentido, la STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396), referida al mobiliario y ganado dirigido a satisfacer las necesidades de la explotación ganadera desarrollada en una finca rústica.

⁶⁰Vid. la STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992/1549) que rechaza el carácter de inmueble por destino de una serie de bienes muebles existentes en nave arrendada y embargados como consecuencia de juicio ejecutivo seguido contra el arrendatario de la nave industrial dedicada a venta de muebles, y declara: “no consta ninguna prueba de que tales bienes estuviesen en las circunstancias señaladas en el art. 334.3.º C.c., sin que el hecho de que estén al servicio de una industria y constituyan por ello inmuebles por destino según el núm. 5 del citado precepto suponga que cambien su naturaleza mueble; la afectación de los mismos no obliga a los terceros a respetar esa unidad de destino económica, pudiendo embargarlos aisladamente del inmueble, de la misma forma que el propietario de éste puede gravarlo con hipoteca sin que se extienda a aquellos bienes salvo pacto expreso (art. 111.1.º LH), en suma, puede disponer por una parte del inmueble, y por otra, de los muebles. . .”. En idéntico sentido, la STS de 7 de junio de 2000 (RJ 2000/4005), que rechaza que la maquinaria de una industria textil deba seguir la suerte del terreno hipotecado y embargado, ya que los bienes en cuestión pueden separarse del lugar en que se encuentran ubicados sin daño alguno para los mismos; también, la STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000/5499) entiende que la maquinaria instalada en el inmueble ex. artículo 334. 5º, tiene un régimen diferenciado del inmueble en que se realiza la industria a que aquellas se destinan; vid. también, la ST de 7 de abril de 2001 (RJ 2001/2387), que en sede de ejecución hipotecaria contra empresa dedicada a congelados, el ejecutado centra su impugnación en sostener que la hipoteca constituida,

la pura ficción de constituir económicamente un todo con el inmueble a que se destinan, pues conservan su individualidad material o autonomía física y por ende, podrían ser objeto de ciertos actos, negocios y derechos independientes o aislados del inmueble a cuyo servicio están⁶¹. Sin embargo, en sede de accesión, el elemento subjetivo, la intención, es absolutamente irrelevante desde el momento en que el problema de hecho que se produce enfrenta a dos sujetos —*dominus soli* y edificante o dueño de los materiales—, conflicto que en los inmuebles por destinación⁶², “inmovilizados” por la sola voluntad del *dominus soli*, no existe⁶³.

Nuestro Tribunal Supremo aplica con total rigor lo que acabamos de exponer, y entiende que no opera el principio *superficies solo cedit*, cuando no hay estabilidad ni auténtica incorporación inseparable, esto es, cuando se trata de mera colocación o reposo, o cuando la construcción resulta temporal o provisional. En tal sentido se

referida a un edificio destinado a nave industrial y almacén (registral número 8599), no se extendía a los bienes litigiosos (túnel de congelación y dos equipos frigoríficos) instalados en dicha dependencia. En este caso el TS entiende que ha de tenerse en cuenta que se había pactado expresamente “(cláusula undécima), que la misma comprende «los objetos muebles colocados permanentemente en las fincas hipotecadas, bien para su adorno, comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria”, luego declara no haber lugar al recurso. Por último, vid. la interesante STS de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2431), considera bien mueble, a un conjunto de cerámica adherido a la habitación de un palacio de Talavera de la Reina y posteriormente separado de tales paredes. El recurrente denuncia infracción de los artículos 334.3º y 335 del C.c., el TS argumenta que “colocado el conjunto de azulejos como revestimiento de una de las habitaciones del Palacio B, donde han permanecido a lo largo de un periodo de tiempo indeterminado, posiblemente desde que se realizaron esas piezas por su actor, se produjo su incorporación definitiva al inmueble; ahora bien, no puede afirmarse que la azulejería en cuestión constituya un elemento constructivo del edificio que sólo pueda separarse de éste mediante su demolición. Se trata de un elemento de ornamentación que dada la forma en que estaba adherido o fijado a las paredes de la habitación que recubría, podía ser desmontado sin deterioro del mismo ni de las paredes. Si bien mientras permanecieron unidos los azulejos a las paredes constituían un bien inmueble, ese carácter lo perdieron cuando los propietarios del edificio vendieron el conjunto de azulejos al Estado y decidieron su separación de las paredes que revestían”.

⁶¹ Así ocurre en relación con la garantía hipotecaria, que salvo pacto expreso o disposición legal en contrario no se extiende a los llamados inmuebles por destino (art. 111. 1º LH), siendo pues susceptibles, en su caso, de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento (artículos 12. IV y 52. IV LHM y PSDP).

⁶² Para NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 32, si la unión no es incorporación sino solo destino, no hay accesión. Así ocurre en otros supuestos del artículo 334 C.c., donde los apartados 1, 2 y 3 hablan de adhesión y el apartado 4 y ss. de destinación o colocación; de modo que aunque las cosas muebles pasen a ser legalmente inmuebles, al no estar incorporadas sino tan sólo destinadas al servicio o embellecimiento del inmueble, no hay accesión. En idéntico sentido, MEDINA DE LEMUS, op. cit., pág. 187.

⁶³ En Italia, autores como CONSTANTINO y SALARIS advierten que, si para la conversión en inmueble de una edificación es suficiente con su incorporación al suelo, sea estable o transitoria, para que se trate de incorporación por accesión se requiere, además, que la unión sea estable y definitiva. La doctrina alemana representada por autores de la talla de LARENZ y LEHMANN exige más, pues solo con la permanencia de la adhesión el edificio es parte integrante esencial del suelo, de lo contrario sólo hay muebles (parágrafo 94 y 95 BGB). La doctrina francesa (de cuyo Código parte la clasificación tripartita de bienes inmuebles por naturaleza, por destinación y por su objeto) distingue entre la “immobilisation” por destino, que es operación intelectual a realizar por el dueño que lo sea a la vez de los bienes muebles y el suelo y “immobilisation” por unión o adhesión, como operación material que puede hacer el *dominus soli* o cualquier otra persona. Doctrina citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 240, nota 183, 185 y 185.

pronuncia, la STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721), que exige “una relación entre dos cosas. . . por lo que si las cosas son independientes entre sí, no cabe la aplicación de la máxima romana”. La STS de 27 de noviembre de 1978, que resuelve que el parquet colocado como pavimento de una vivienda adquiere la naturaleza de inmueble por incorporación, al quedar adherido al suelo y considera que no procede hacer la misma declaración sobre el parquet acopiado y no colocado⁶⁴. También, la sentencia de 28 de abril de 1980 (RJ 1980/1564) que entiende que ni los montones de tierra o arena colocados en la finca, ni los postes para la ulterior instalación de la conducción de fluido eléctrico, pueden considerarse construcciones, ni plantaciones, ni adheridas al suelo permanentemente de suerte que no puedan retirarse sin menoscabo. En idéntico sentido, la SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115397) respecto a los climatizadores depositados pero no instalados, los pallets de mármol no colocados, las cajas de baldosas de pavimento y alicatado, y las 6 cajas que contienen las cabinas de los ascensores no instaladas.

Si damos un paso más, la nota de inseparabilidad no debe ser entendida en sentido físico o arquitectónico exclusivo⁶⁵, sino también como inseparabilidad económica⁶⁶ y funcional⁶⁷. De este modo, la unión será inseparable cuando la separación o división sea física o materialmente imposible, o cuando siendo posible, desde esta perspectiva física resulte antieconómica, bien por la inutilidad o inservibilidad de las cosas tras su desunión o su demolición⁶⁸, bien por la excesiva onerosidad⁶⁹ que supondría llevar a cabo la división⁷⁰. Por esta misma razón no es imprescindible para que opere la

⁶⁴Sentencia que extraemos de NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 31.

⁶⁵Es necesario que la incorporación tenga una base física, si no la tiene y se trata de una mera vinculación económica de destinación a los fines de la finca, estaremos ante meras pertenencias o inmuebles por destino de nuestro Código (artículo 334 apartados de 4º al 7º) pero no estaremos ante un supuesto de edificación susceptible de accesión. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 32.

⁶⁶NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 11, considera que, en el marco de la accesión, nuestro Derecho positivo admite una unión económica y no física. Y pone como ejemplos, el caso de las explotaciones agrícolas o industriales no colindantes que aunque se encuentren separadas físicamente conforman una unidad orgánica y económica (art. 8, nº 2 LH) o el señorío directo sobre varias fincas dadas en enfiteusis o foro (art. 8, nº 1 LH).

⁶⁷LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, T. III, *Derechos reales*, Vol. I, *Propiedad y posesión*, Bosch, 1988, pág. 149, considera que la inseparabilidad deberá entenderse en sentido económico: para las construcciones, existe si, por la separación, se destruiría una parte de lo construido desproporcionada con el valor del objeto que se pretende retirar. RUGGIERO, op. cit. pág. 611 a 615, exige para que entre en juego la accesión el requisito de la indivisibilidad, de tal modo que *la separación no ha de ser posible ni socialmente útil*.

⁶⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 244.

⁶⁹LARENZ y LEHMANN advierten que el edificio es parte esencial no por su mayor valor o importancia económica sino porque su separación del suelo resultaría antieconómica. En esta idea late el concepto germánico del edificio como parte integrante del suelo al que se adhiere permanentemente para que pueda operar la accesión. (cfr. Parágrafos 94, 95 y 946 del BGB). Citados por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 244, nota 193. También, por ENNECERUS, op. cit., págs. 431 a 433.

⁷⁰Así lo ha afirmado nuestro más alto Tribunal desde su Sentencia de 13 de diciembre de 1949 (RJ 1949/721), en la que afirma que la accesión exige una unión inseparable “o cuya separación no pueda producirse sin detrimento”, “sin perjudicar su naturaleza”, porque “si las cosas se pueden separar sin detrimento, no existe en rigor accesión y sus dueños respectivos tienen la facultad de exigir la sepa-

“inmovilización inseparable”, presupuesto de la accesión, que la obra esté finalizada⁷¹, basta con que se haya producido la incorporación de los materiales al suelo⁷², esto es, la obra es inmueble, aunque sólo esté iniciada, desde el momento en que se adhiere a su soporte físico. Y con idéntico criterio, dejarán de ser inmuebles los materiales resultantes del derribo del edificio⁷³.

Todo lo afirmado nos conduce a plantearnos una cuestión: si la separación no es imposible dentro de los términos aludidos, ¿queda excluida la accesión? La cuestión doctrinalmente se ha discutido tomando como referencia el Derecho romano, donde junto a los casos de accesión propia —unión de la que resulta un *corpus quod continetur uno spiritu*—, en la que la adquisición de la propiedad es definitiva, encontramos una accesión impropia o provisional —unión de la que resulta un *corpus ex cohaerentibus o ex contingentibus*— en la que el dueño de la cosa unida podía pedir la separación ejercitando la *actio ad exhibendum*, y sólo en caso de no ejercitarla, podría llegar a adquirir el dominio el *dominus soli*⁷⁴. Algo similar al sistema hoy empleado por el Codice, en el que se distingue el régimen de accesión según, previamente a su declara-

ción”. En idéntico sentido, lo proclama en su Sentencia de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126), que exige para la apreciación en este caso de la doctrina de la accesión invertida “la indivisibilidad física o arquitectónica y funcional”. También hace referencia a la indivisibilidad funcional las SAP de Asturias de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/9035). Según NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 32, para determinar si la cosa unida se ha incorporado con inseparabilidad económica, será necesario considerar cada caso particular y juzgarlo conforme a las concepciones del tráfico y a los puntos de vista económicos existentes en cada momento. Según la autora habría que atender como afirma HEDEMANN “al sentido corriente de las cosas, que en esta materia es siempre acertado y da la nota decisiva”. Conecta así, el concepto de inseparabilidad económica con el fundamento mismo de la accesión: evitar daños económicos a la comunidad. Finalmente afirma su consagración en nuestra Constitución, cuyo artículo 33 eleva a norma fundamental la función social de la propiedad.

⁷¹Nuestro Código civil, al igual que el italiano de 1865, cuando habla en general de accesión no distingue entre obra nueva y materiales de la obra, sino se refiere con carácter general a todo lo que se une o incorpora a una cosa, esté o no acabada la obra. A diferencia de lo que ocurría en nuestro antiguo artículo 1404. II, concretamente, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 183, analiza, en relación al referido precepto, el momento en el que se transfiere el dominio de la edificación, si al comienzo de la obra o, una vez que el edificio está terminado, aunque considera evidente que se debe atender al momento en que esté concluso el edificio porque así lo exige el sentido literal del precepto analizado que habla de “edificio construido” y no en construcción.

⁷²Así se exige en la práctica por nuestros tribunales., vid. las SSAP de Guipuzcoa de 10 de marzo de 2003 (JUR 2003/41956), de Sevilla de 10 de octubre de 1995 (AC 1995/1957) y de Albacete de 31 de julio de 2000 (JUR 2000/298234).

⁷³MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 33.

⁷⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 124, considera que la justificación de ese régimen y con ello la imposibilidad de su traslado al nuestro actual, no obedece a una determinada concepción de la accesión, diversa de la actual, sino a la del propio edificio, estimado en Roma como cosa compuesta, frente al suelo que era cosa simple, y por tanto no como estricto inmueble (que *natura sua* y estrictamente sólo lo era la tierra, el *fundus*); lo que justifica que tras la accesión, se distinguiese entre propiedad del edificio y de sus materiales, permaneciendo ésta latente, “durmiente” para su originario dueño a la espera de la demolición del edificio. Cerdeira Bravo de Mansilla, G., op. cit. pág. 241. Y es que, el edificio en Roma era ejemplo de cosa compuesta “unum corpus est ex cohaerentibus”, tal y como se pone de manifiesto en la clasificación tripartita de: cosas simples, compuestas y universalidades de POMPONIO, que puede verse analizada por BIONDI, B., *Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana por A. de la Esperanza Martínez-Radio, Bosch, Barcelona, 1961, págs. 137 a 142.

ción, sea posible o no la separación de la obra incorporada al suelo (cfr, artículos 935 y 936)⁷⁵. De modo que si es posible la separación, el Codice contempla una posible accesión por voluntad del dueño de la cosa principal o por decadencia de ciertos plazos concedidos al dueño de la accesoria si, aun siendo posible la separación, no la reclama (por desidia o desinterés). Sin embargo, en nuestro Código cuando es posible la separación de las cosas no hay verdadera accesión⁷⁶, si bien es posible que, habiéndola por inseparabilidad de la unión, esta sea renunciada, por voluntad del dueño de la cosa principal⁷⁷, el *dominus soli*.

Concretamente, en nuestro Derecho, cuando la unión es separable se concede al dueño de los materiales sólo el derecho a retirar los mismos, y al *dominus soli*, la sola facultad de exigir la separación. Pero si mediante acuerdo de ambos, el *dominus soli* hace suyos los materiales pagando una indemnización, nos encontraríamos ante un negocio jurídico voluntario⁷⁸, nuevo y ajeno a las reglas de la accesión, y al imperio del principio *superficies solo cedit*. No altera tal conclusión, el hecho de que el *dominus materiae* no ejercite su *ius tollendi*, abandonando los materiales, y con ello, perdiendo su dominio. En tal caso, si producida la unión, el dueño del suelo optase por hacer suyos los materiales, no será *iure accessionis*, sino *iure occupationes*, ya que al ser abandonados los materiales se han convertido en *res nullius*⁷⁹.

El ejercicio de tal opción, podría tener gran importancia práctica en algunos casos⁸⁰: supongamos que la finca está sujeta a usufructo y un tercero incorpora una cosa mueble en términos de separabilidad. En principio, el derecho del usufructuario se extendería a lo que recibiera por accesión la cosa usufructuada (cfr. artículo 479 C.c.), y por tanto, no parece que deba extenderse a las cosas independientes en cuanto partimos de su separabilidad y de la no accesión. El nudo propietario sería libre de hacer suya, o no, la cosa accesoria por ocupación, sin necesidad de consentimiento del usufructuario. Ahora bien, si la ocupa y ello conlleva un beneficio inherente al predio usufructuado, por el mismo artículo 479 C.c. también a ella se extendería el usufructo. Sin embargo, si el que ocupare la cosa fuera el usufructuario, ello equivaldría a una unión hecha por él, que se resolvería al terminar el usufructo por las reglas propias de éste⁸¹.

⁷⁵ PARADISO, M., *Il Codice Civile Commentario, L'accessione al suolo artt.934-938*, diretto da Piero Schelesinger, Milano, 1994, págs. 23 y ss, también, 151 y ss.

⁷⁶ Así se observa en los artículos 353, 360 *in fine* y también fuera de la accesión industrial inmobiliaria, en el artículo 378 C.c.

⁷⁷ Cfr. artículo 363 C.c. y en materia de accesión mobiliaria 379-II. Ahora bien, la renuncia a la accesión ganada puede operar por la voluntad del dueño de la cosa principal, que en sede inmobiliaria es el *dominus soli*, o bien, puede venir impuesta *ex lege*, (cfr. Art. 378-II, fuera ya de la accesión industrial inmobiliaria).

⁷⁸ NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 33 y 34.

⁷⁹ Como advierte CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 186, carece de sentido exigir a las cosas sin dueño un particular tipo de adherencia física, ya que fuera cual fuese el tipo de unión exigida, nadie existiría para ejercer el *ius tollendi*, caso de que la unión no se hubiera dado.

⁸⁰ SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 124 y 125.

⁸¹ SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 125.

2.2.2.2. La unión ha de originar un todo único

Como consecuencia de lo anterior, es necesario que los bienes incorporados formen con el suelo una cosa única perdiendo su individualidad anterior⁸² y constituyan “partes integrantes” del mismo, o lo que es igual, dentro de nuestra terminología, que se trate de bienes inmuebles por incorporación (artículo 334, números 1 a 3 C.c.)⁸³.

Es así requisito común exigido por la doctrina para que entre en juego el principio *superficies solo cedit*, que esa unión de lugar a la aparición de una nueva entidad física, económica y funcional, de suerte que resulte perdida la anterior individualidad de los bienes incorporados para formar lo edificado y el suelo una unidad material, con un destino económico y fines específicos buscados según los intereses del propietario del suelo⁸⁴.

En contra de esta posición doctrinal mayoritaria, se pronuncia CARRASCO PERERA, que considera que en el Código civil la funcionalidad del conjunto como un todo, carece de relevancia. Entiende que, cuando el artículo 334 C.c. en su tercer apartado habla de “deterioro”, “menoscabo” o “quebrantamiento”, se refiere sólo a la cosa incorporada y no al menoscabo posible del todo funcional que resulta. Además, señala como origen de tal exigencia la interpretación que MICHABLIS⁸⁵ realizó a los párrafos 93 y 94 del BGB, y su teoría sobre la existencia, frente a la “teoría de las partes” (*Teibarkeitsehre*) que sustenta el Código alemán, de una teoría de las partes integrantes sin posibilidad de separación en el tráfico jurídico, referida a los conjuntos inseparables para la conciencia social.

Para CARRASCO PERERA los criterios que rigen la materia, son los siguientes⁸⁶:

- (a) El Derecho romano y la tradición revelan que en el régimen de la inaedificatio los principios que sustentan la materia nada tienen que ver con la conservación de los valores económicos del conjunto creado. Para él, la motivación es fundamentalmente urbanística. Y entiende que la idea del mantenimiento de los valores creados chocaría frontalmente con otros principios. Pone como ejemplo, el amplio

⁸²LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 133.

⁸³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 125.

⁸⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 325. En idéntico sentido NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 34.

⁸⁵CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 190 y 191, cita como origen de ésta polémica, la interpretación que de los párrafos 93 y 94 del BGB hizo MICHABLIS, que entiende que a la “teoría de las partes” (*Teilbarkeitslehre*) que sustenta el Código alemán habría que oponer una teoría de las partes integrantes que considere como tales, y por tanto, sin posibilidad de separación en el tráfico jurídico, a los conjuntos caracterizados por su unidad en la conciencia social. Entiende que la “destrucción” o “menoscabo” que el BGB refiere a cada una de las partes que integran el todo, en el sentido de que sólo existe parte integrante cuando la separación produzca daño a cualquiera de las cosas unidas, debería referirse al todo en su conjunto, esto es, que existe parte integrante cuando la unión no puede ser resuelta si no es con menoscabo del conjunto. Esta teoría es llamada por el autor *Ganzheitslehre*, y supone en definitiva, una ampliación del concepto de parte integrante. Teoría que ha sido secundada por autores de la talla de BAUR, WESTERMANN, TOBIÁS, y rechazada por otros como LARENZ.

⁸⁶CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 191.

derecho de retirada de las mejoras que se conceden a diversos titulares sobre cosa ajena.

- (b) Añade que “en esta materia no está en juego, como pretende MICHAELIS, una confrontación entre el interés público que requiere la permanencia del conjunto y el interés privado”. Afirma que lo que está en juego es el conflicto entre un propietario del suelo que pretende el dominio del todo, y un dueño del material que desea recuperar su cosa. Para CARRASCO lo fundamental es saber quién debe soportar el perjuicio. Y concluye que, cuando nuestro código habla de “deterioro” o “quebranto”, hay que atender al costo de separación de la cosa incorporada y no al posible valor económico que el conjunto tenga como tal unidad.

No obstante lo anterior, entendemos necesaria la formación entre cosa incorporada y suelo de un “todo” que opere en el tráfico como una nueva unidad funcional, económica, de modo que solo será posible la separación cuando la misma no implique deterioro, detrimento o menoscabo, bien de la cosa principal, bien de la cosa accesoría (cfr., artículo 360 C.c. *in fine*, introducido en el Proyecto de 1882), o bien de las dos cosas unidas⁸⁷. Cuestión relevante en orden a la determinación de la amplitud objetiva del principio *superficies solo cedit*, respecto a qué debemos entender por edificación a los efectos de la accesión, esto es, si la accesión entra en juego también cuando de obras de reparación y de mejoras se trata, o si esa “unidad material” va a ir referida única y exclusivamente a construcciones nuevas o cualificadas. Tema que por su amplitud será abordado cuando analicemos detalladamente el supuesto de hecho contemplado en los artículos 361 C.c. y ss., aunque entendemos, frente a la doctrina mayoritaria⁸⁸, que la construcción debe ser concebida como edificación “*ex novo*” u “obra cualificada”, lo que implica necesariamente que se trate de una mejora del suelo, e incluso, conlleve una utilidad⁸⁹ o beneficio para el *dominus soli* como lo pone de manifiesto la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/1627)⁹⁰.

⁸⁷ Similar sentido se observa en el Codice vigente, que permite la separación si ello no causa un grave daño en la obra, ni en el suelo.

⁸⁸ SCAEVOLA, op. cit., pág. 292; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, T. III. *Derecho de bienes*, 11ª edic. puesta al día con la colaboración de E. Cordero Lobato, Edisofer, Madrid, 2010, pág. 289, nota 24; Díez PICAZO, op. cit., pág. 297; SERRANO ALONSO, E., “La accesión de bien mueble a inmueble. Una interpretación del artículo 361 del Código civil”, *RDP*, 1981, pág. 676. LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1006.

⁸⁹ En contra, GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 228. Este autor considera, que el requisito de que la actividad del tercero sea beneficiosa para el *dominus soli*, no aparece recogido en el artículo 361 C.c., sino sólo el hecho de la construcción, plantación y siembra. El tercero de buena fe, no puede verse constreñido en sus derechos sobre la circunstancia de que la obra realizada haya resultado útil o no al propietario del suelo. Califica a este requisito como “inútil”.

⁹⁰ Vid la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/1627), que define la utilidad o beneficio patrimonial del *dominus soli* como “requisito esencial que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma”.

2.2.2.3. Res aliena

Las cosas unidas, cuya propiedad está en pugna, han de pertenecer a propietarios diferentes, debe existir esta alteridad entre quien edifica y quien sea dueño del suelo sobre el que se construye (artículos 361 y ss. C.c.), o de los materiales con que edifica (artículo 360 C.c.), porque si la cosa incorporada no tiene dueño, habría adquisición de la propiedad por ocupación y si es propiedad del *dominus soli* no habría conflicto, ni accesión, sino simple ejercicio de facultades dominicales (cfr. artículos 348 y 350 C.c.)⁹¹. En definitiva, como bien señala el profesor TRAVIESAS⁹², *los materiales han de ser ajenos. Si fueran propios no habría accesión*, o bien la edificación ha de realizarse en terreno de otro⁹³.

⁹¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 167.

⁹²TRAVIESAS, M.M., “Ocupación, accesión y especificación”, *RDP*, 1919, pág. 295, se refiere concretamente al supuesto de construcción en terreno propio.

⁹³El TS no recurre a la accesión para dar solución a los supuestos de construcción en suelo propio. Entiende que no cabe aplicar el artículo 361 C.c. y sus consecuencias, si existe identidad entre edificante y dueño del suelo en el momento de acometerse la edificación. Los supuestos de hecho atendidos por la jurisprudencia son de lo más variado, vid. la STS de 27 de abril de 1983 (RJ1983/2129) cuyo supuesto de hecho versa sobre un contrato de compraventa de una finca en la que el vendedor había construido de mala fe un chalet antes de la entrega de la finca y por tanto, cuando todavía no se había transmitido la propiedad sobre ésta. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del artículo 361 C.c. “porque las obligaciones pactadas en el documento privado de 28 junio 1973, entrega de la cosa y pago del precio, constituyen en este sentido una obligación pura, que es la regla general, ya que, como ha declarado esta Sala —STS. de 7 noviembre 1973 (RJ 1973/4110) y 5 diciembre 1953 (RJ 1954/673)—, es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de la condición en las obligaciones no se presume, y que la obligación condicional, al ser la excepción, requiere la prueba de que sus efectos vienen modificados por el suceso incierto e independiente que constituye la condición”, también rechaza la aplicación del artículo 362 C.c. porque cuando el vendedor construyó era aun propietario de la finca “no le era ajena al edificante, ya que, como también declaró esta Sala —S. de 4 julio 1925—, para dar nacimiento al derecho de accesión debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, presupuesto fundamental que no concurre en el caso debatido, por lo que, si bien han de aceptarse las consecuencias jurídicas del contrato de compraventa cumplido por el comprador, en cuanto a su derecho a que le sea entregada la cosa que fue su objeto, no puede llegarse a la conclusión de que también le pertenezca lo edificado en el suelo adquirido y que aún no le ha sido entregado, ni ostenta sobre él un derecho real de dominio”. La STS de 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858) impide la aplicación del artículo 361 C.c. por considerar que el terreno no era ajeno, ya que la edificación se levantó por tres personas, socios en un negocio de explotación avícola, uno de los cuales era cónyuge de la propietaria del suelo, que habría prestado su consentimiento para la construcción de la nave avícola. La STS de 4 de junio de 1993 (RJ 1993/5261), resuelve un supuesto en el que el edificante pretende la aplicación del artículo 361 en su favor. Concretamente, se tasa y enajena de modo forzoso, en pública subasta, un solar sin tener en cuenta una edificación elevada en él por quien en su momento era propietario. El TS no entiende aplicable el principio *superficies solo cedit*, y rechaza la accesión pues se construyó en terreno propio, pero sí admite un enriquecimiento sin causa y le concede una indemnización. Estos mismos hechos concurren en la STS de 8 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9592), al haberse seguido juicio ejecutivo, en el que se desconocía por el ejecutante la existencia del edificio, de modo que se tasó el inmueble y se adjudicó en subasta a tercero como solar sin edificio. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo pese a declarar que no había accesión por no tratarse de un supuesto de hecho subsumible en el artículo 361, acaba concediendo a los edificantes, antiguos propietarios y constructores el derecho a quedarse con el terreno. La STS de 28 de noviembre de 2005 (RJ 2005/239), se ocupa de la ejecución forzosa de un terreno hipotecado en el que se había construido un edificio al que no se había extendido la

Si hemos recogido aquí esta nota, esencial, al mismo tiempo que evidente (tal vez por ello obviada por muchos autores), es porque nos ayuda a abordar una serie de casos conflictivos que más tarde serán analizados detenidamente, como lo es, el polémico supuesto de la obra realizada por el contratista. DÍEZ PICAZO⁹⁴ alerta sobre la necesidad de otorgar una mayor protección a tal figura, tanto por la escasa regulación del contrato de obra en nuestro Derecho, como por no aparecer resuelto en él el problema relativo a si en las obras inmobiliarias hay o no transmisión de la propiedad.

Sentado lo anterior, la situación normal de la vida de los hechos es que las obras y construcciones que se realizan sobre un suelo determinado hayan sido hechas por el propietario del *solum*⁹⁵ *por sí o a su costa*, esto es, el *dominus soli* bien compra los materiales y paga directamente a los trabajadores o bien, contrata toda la obra, conviniendo que sea el contratista quien aporte los materiales. En ambos casos podríamos entender que el dueño del *solum* será propietario de los materiales aunque fueran debidos. Afirmación que resulta clara en el primero de los supuestos, cuando el contratista pone únicamente su trabajo, porque suelo y materiales son del mismo dueño y no habría conflicto alguno amparado por el artículo 358 C.c., precisamente por faltar la nota de ajenidad, sino ejercicio de las facultades dominicales *iure proprio*. Sin embargo sí se plantea serias dudas, cuando es el contratista el que suministra los materiales⁹⁶, pues en este caso podría considerársele constructor en terreno ajeno y propietario de los

hipoteca que se ejecutaba; la construcción controvertida no fue objeto de la ejecución, ni el precio del remate comprendió el valor de la misma, pero el solar se entrega con la edificación. No se puede acudir a los preceptos de la accesión porque se ha construido en terreno propio aunque reconoce un enriquecimiento sin causa para los rematantes del solar. En igual sentido, la STS de 15 de noviembre de 1990. La STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/821 y 1627), niega que haya enriquecimiento sin causa y rechaza la normativa sobre accesión en un supuesto en que el titular dominical del suelo adquirió la propiedad, por título oneroso, cuando la obra ya se había realizado, y por tanto, entiende que su existencia ya se habría tenido en cuenta para establecer su prestación en el negocio de transmisión que en este caso fue concretamente de dación en pago. De fecha reciente la STS de 27 de enero de 2011 (RJ 2011/300) resuelve un supuesto de donación con cláusula de reversión otorgada en 1945 por el Ayuntamiento de Palencia a favor de la Asociación Colegio de Huérfanos Ferroviarios, para la construcción de un colegio en tales terrenos. La donataria lo construye con sus propios medios, pero más tarde en 1983, lo desafecta a ese fin, motivo por el que el Ayuntamiento ejercita su facultad de reversión, frente a la que la donataria opone la aplicación del artículo 361 C.c. El TS, con buen criterio, considera que no entra en juego la accesión, ya que en el momento de construir, la edificante era la propietaria, aun cuando años después haya dejado de serlo, por entrar en vigor la cláusula de reversión, con retorno de la propiedad a favor del Ayuntamiento. FAUS, M., “Donación con pacto de reversión”. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/donacion-pacto-reversion-453414>. (15-05-2013).

⁹⁴DÍEZ PICAZO, op. cit., pág., 299.

⁹⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 115.

⁹⁶También cabe la posibilidad de que los materiales sean suministrados por un tercero subcontratado, en cuyo caso no será de aplicación el artículo 365 C.c. sino el artículo 1597 C.c. que como excepción al principio general del artículo 1257 C.c., permite la acción directa contra el *dominus soli*. Como explica DÍEZ SOTO, C., “STS de 28 de enero de 1998. Ejercicio por subcontratista de la acción directa regulada en el artículo 1597 C.c. No basta el mero requerimiento notarial de retención de deuda dirigido al comitente. Pago por letras de cambio.”, en *CCJC*, nº 48, 1998, pág. 954, la eficacia de la acción directa contemplada en el artículo 1597 C.c. está supeditada al hecho de que, en el momento de la reclamación realizada por el titular de la misma al comitente, éste aparezca como deudor del contratista.

materiales que se incorporan.

Un sector doctrinal ha entendido que el contratista pierde la propiedad de los materiales a favor del *dominus soli* con quien contrata la obra en el momento en que se van incorporando al *solum*⁹⁷. Tesis a la que desde otro sector doctrinal se le han objetado dos consideraciones⁹⁸. Por un lado, los partidarios de la adquisición diferida de la propiedad condicionada al pago por el *dominus soli*, entienden que si se adquiere previo pago en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 361 C.c., por qué con respecto al contratista la regla ha de ser distinta, tanto más, cuanto a diferencia del constructor del artículo 361 C.c., no hay actuación *objetivamente ilícita*⁹⁹. La segunda objeción, deriva del artículo 1589 C.c.¹⁰⁰, porque si el que pone su trabajo y su material soporta el riesgo de pérdida de la cosa hasta su entrega (salvo en el caso de morosidad en su recepción), sería lógico considerar que hasta ese momento siga siendo propietario efectivo de sus materiales y que con la entrega se transmita el dominio.

Sin embargo, entendemos que el contratista no debe ser considerado constructor en suelo ajeno¹⁰¹ en el sentido de los artículos 358 a 365 C.c., pues en sede de accesión,

⁹⁷El que recibe la obra es ya propietario de ella, en virtud de las reglas de la accesión, por tratarse de una construcción realizada sobre su propio terreno. ATAZ LÓPEZ, J.: «Compraventa y contrato de obra futura», en Carrasco Perera (director): *Tratado de la Compraventa* (Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz), T. I. Aranzadi 2014, págs 107 y 108, nota 1, con cita del D. 18. 1. 16: “No es válida la compra de una cosa propia, ya si la compré sabiéndolo, ya si ignorándolo” (trad. De GARCÍA DEL CORRAL).

⁹⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 208. Este autor entiende que con la entrega de la obra se transmitirá el dominio, que el artículo 1589 no es más que una concreción de la regla *res perit dominio*. Y que si hay que dar a esta entrega un *nomen iuris*, hay que afirmar que el arrendatario de la obra adquiere por tradición. En contra, parece estar ATAZ LÓPEZ, que niega el valor traditivo en los supuestos de ejecución de obras contratadas para realizar en terreno propio. ATAZ LÓPEZ, «Compraventa...» cit, pág. 108.

⁹⁹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 208.

¹⁰⁰ALBIEZ DOHRMAN, K, J.: «Comentario al artículo 1588 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11215 y ss.

¹⁰¹Así lo manifiesta la SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115397), que resuelve un supuesto de hecho en el actor-contratista que tenía contratada la ejecución de una obra de gran envergadura consistente en la construcción de edificio turístico, se dirige contra la empresa promotora y también contra la entidad bancaria en reclamación de reintegro de herramientas, maquinaria, enseres propios, instalaciones del complejo turístico y materiales. La empresa contratista suspendió pagos fundamentalmente a consecuencia de los impagos de la promotora que ante el impago de crédito hipotecario embarga y saca a subasta el inmueble y sus pertenencias. La Audiencia es consciente de la complejidad del caso, reconoce que: “no estamos ante una situación simple de edificación (parcial) con materiales ajenos sino ante una situación más compleja como lo es la quiebra de un contratista que ha encargado a terceros el suministro de materiales para la obra que se está construyendo y todo ello teniéndose que armonizar con la existencia de una ejecución hipotecaria”, considera que “hubo acuerdo de voluntades en una relación de suministro de materiales y hubo entrega, aunque la contratista no pagara total o parcialmente el precio. Estaríamos en la situación del art. 1450 y 609. 2 del código civil: Hay título y modo que significan adquisición de propiedad del contratista. Es verdad que la realidad concreta es que tales suministros se hacen modalizados por la existencia de relaciones contractuales del contratista con la propiedad y del contratista con el proveedor o subcontratista, lo que inevitablemente transforma esta relación en un problema que principalmente lo es de derecho contractual, es decir, en derechos de crédito”, y no un supuesto de construcción en terreno ajeno.

constructor es quien decide llevar a cabo la construcción *nomine proprio*¹⁰² y aporta el capital para ella, y no el que efectivamente la realiza, aporte o no los materiales, aunque le sean debidos. Tampoco es poseedor de buena fe, ni por supuesto de mala fe, ni se le abona en la medida de los artículos 453 y 455 C.c., no es un mejorante de la finca, ni el contratante es alguien que pretende una acción real de entrega, sino de resultado¹⁰³. Es más, el artículo 360 C.c. menciona al «propietario del suelo que hiciera en él “por sí o por otro”, plantaciones, construcciones u obras», por ende, cuando no las hace él mismo sino “por otro”, ese “otro” es un mero intermediario en la construcción ligado con la persona que le encarga la obra por una relación obligatoria¹⁰⁴, y por consiguiente, no adquiere ningún tipo de derecho, ni expectativa sobre el terreno al que la obra se incorpora. En definitiva, consideramos que suelo y materiales serán propiedad del *dominus soli*, y los que hayan puesto su trabajo o su actividad, actuando por cuenta de aquél, serán simplemente acreedores de su salario o retribución¹⁰⁵, sin perjuicio de la condición que ese crédito merezca en orden a sus posibles privilegios¹⁰⁶.

Otro supuesto polémico planteado en torno a la concurrencia de la nota de ajениdad del suelo en que se construye, formulado por el jurisconsulto LAURENT¹⁰⁷, con ocasión del comentario al art. 555 del Code, es el de construcción realizada por un condómino.¹⁰⁸ Nuestra doctrina se debate entre quienes consideran aplicable el prin-

¹⁰²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298.

¹⁰³Cuando de lo que se trata es de realizar una construcción que queda incorporada a un inmueble y el terreno es ajeno, la entrega de la cosa vendida “la obra” no puede tener valor traditivo porque el que recibe la obra es propietario de ella en virtud de las reglas de la accesión porque se trata de una construcción realizada en su propio terreno. ATAZ LÓPEZ, «Compraventa...» cit., pág. 108.

¹⁰⁴FEMENÍA LÓPEZ, P. J., «STS de 10 de marzo de 2004. Responsabilidad por vicios o defectos en la construcción. Reparación “in natura” y cumplimiento por equivalente. Obligaciones del director de la ejecución de la obra. Responsabilidad solidaria de los arquitectos intervinientes», en *CCJC*, N° 66, 2004, pág. 1239 y ss.

¹⁰⁵DÍEZ SOTO, op. cit. pág. 955, refiriéndose a la acción directa del subcontratista frente al *dominus soli*, contemplada en el artículo 1597 C.c., advierte que el principal riesgo del acreedor se deriva de la precariedad en que se sitúa como titular de la acción directa, no sólo sujeto al riesgo de confabulaciones entre comitente y contratista con la sólo intención de reducir por vías “más o menos irregulares o ficticias la obligación del primero frente al segundo, sino también porque, en principio, y en tanto no se ejercita la acción directa, los sujetos implicados en el contrato de obra original no tienen por qué ver limitada su libertad de actuación, en lo relativo a la liquidación de las relaciones contractuales que median entre ambos...”.

¹⁰⁶Supuesto distinto al denominado “Agrupación de Autopromotores”, cada vez más frecuente es el los condóminos acuerdan edificar y distribuir los pisos resultantes en régimen de propiedad horizontal para pasar a ser los condueños del solar, dueño cada uno de su piso, sin necesidad de pasar previamente por el trámite de la comunidad por cuotas sobre el edificio y sin necesidad subsiguiente de tener que disolver la comunidad sobre él con carácter previo a la adjudicación de los pisos y a la constitución del régimen e propiedad horizontal, con lo que quedarán eliminados los gastos, trámites e inconvenientes que todo ello representaría. GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 185; también ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 333.

¹⁰⁷SCAEVOLA, op. cit., pág. 318 y 319.

¹⁰⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1463.

principio *superficies solo cedit*¹⁰⁹, como SÁNZ FERNÁNDEZ¹¹⁰ que entiende que, si un copropietario construye a expensas suyas en terreno común, además de conculcar el artículo 397 C.c., los demás copropietarios, por aplicación de los artículos 358 y 361 C.c. adquirirían el condominio de lo edificado en idéntica proporción a las cuotas ideales que tenían sobre el suelo, y entre quienes, como MANRESA, y más recientemente CARRASCO PERERA¹¹¹, rechazan la aplicación de las reglas de la accesión, concretamente del artículo 361 C.c.. El primero de ellos entendía “de buen sentido resolver la cuestión por la doctrina de la comunidad de bienes o condominio”¹¹², mientras que el segundo considera que nos encontramos ante un supuesto de alteración lícita¹¹³ de cosa común, donde cada dueño debería pagar proporcionalmente con su cuota los gastos de construcción con la consiguiente adquisición de su cuota de propiedad porque “cabe la posibilidad de obtención del consentimiento de los condueños *ex post* a la construcción”¹¹⁴.

Otros autores, sin embargo, asumen posiciones menos extremistas y propugnan como GARRIDO DE PALMA¹¹⁵, soluciones conciliadoras con las que corregir el rigor y la aplicación absoluta del 358 C.c. como que la cuota de los no edificantes, en el total inseparable del suelo, no sea mayor que la que les correspondía en el suelo antes de que alguno de ellos edificara, y la cuota del edificante en el total, representara el valor económico de su cuota originaria en el dominio del suelo más el valor íntegro de la construcción por él exclusivamente elevada. Solución que entendemos no muy convincente y excesivamente complicada¹¹⁶, considerada, incluso por el propio autor, “de compromiso”, y por ello deja a salvo la posibilidad de que por pacto “otra cosa convinieran los interesados”. Hay una última posición doctrinal que trata de evitar tales

¹⁰⁹Vid. comentario a la STS de 9 de octubre de 1973 de GARCÍA GARCÍA, J. M., “Accesión”, en *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo, Derechos reales e hipotecario*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid, 1982, págs. 64 y ss.

¹¹⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 201.

¹¹¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 292.

¹¹²MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 195.

¹¹³En contra SCAEVOLA, op. cit., pág. 318 y 319, que sostiene que el condómino que edifica sin consentimiento de los demás incurre en la nota de mala fe al desentenderse de la prescripción del art. 397 en virtud de su desobediencia al mandato legal.

¹¹⁴Esta solución está en el supuesto de medianería, para cuando un propietario le da mayor espesor al muro medianero (cfr. artículos 577 y 578 C.c.).

¹¹⁵GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 156, nota 28, expone, para dar cuerpo a su tesis el siguiente supuesto práctico: “si el valor del terreno es de 100 y el de la edificación 900, y aquél pertenece a A, B, C, y D, por iguales partes, o sea, un 25 %, al edificar solamente D, por ejemplo, aplicando la solución expuesta, resulta que A, B, y C, seguirán teniendo un 25 % cada uno en el total orgánico de suelo y vuelo, y D, el edificante, la cuota resultante, con un valor económico de 925 sobre 1000, valor total resultante de sumar al suelo el del vuelo. Con esta solución se cumple la Ley: suelo y vuelo son inseparables, pero se evita la injusticia que su rígida aplicación entrañaría si se dan los requisitos que se apuntan *ut supra*. Que ello implica el dar participación a los no edificantes en el vuelo es claro, pero económicamente no se merma la cuota del edificante, ni aquellos se enriquecen injustamente”. Es lo importante, continúa GARRIDO DE PALMA, partiendo de la necesidad de aplicar el *superficies solo cedit*, a no ser que otra cosa convinieran los interesados.

¹¹⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 333.

inconvenientes. Es la sostenida por SERRANO ALONSO¹¹⁷ y ALONSO PÉREZ¹¹⁸, para ellos, sería mejor dejar operar al principio *superficies solo cedit* en proporción de las cuotas sobre el suelo, pero hacer al constructor-condueño poseedor exclusivo de la edificación para aprovecharse del uso y goce él solo, o si se prefiere y así lo consideran conveniente los condóminos, otorgar a éstos el disfrute participativo mediante el abono de una renta o la adquisición por compra mediante pago del justo precio al constructor.

En una dirección parecida ha avanzado nuestro Tribunal Supremo, cuya fundamentación jurídica de base consiste en apreciar la edificación en terreno del que se es condueño como *apropiación por unos comuneros de lo que es ajeno*, por no tener más que un derecho sobre una cuota ideal y no sobre concretos trozos de terreno, y acude para solventar tal conflicto, sobre la base de la apreciación de mala fe recíproca (artículo 334 C.c.), a la aplicación del artículo 361 C.c., concretamente, a la segunda de sus opciones, excluye la demolición y procede a la división de la cosa común, obligando al que construyó a pagar el precio del terreno¹¹⁹ como si de un supuesto de

¹¹⁷SERRANO ALONSO pág. 669 y ss., reconoce la existencia de una laguna legal y considera que de una parte se debe poner fin a la situación de condominio y, de otra, atribuir al dueño de la construcción, que es también dueño de parte del suelo, el derecho que para el caso de un solo dueño concede el artículo 361 C.c..

¹¹⁸ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 333.

¹¹⁹En este sentido la STS de 30 de septiembre de 1981 (RJ 1981/3245), aprecia la concurrencia de mala fe recíproca y acude al artículo 361 C.c. para reconocer derechos al edificante y conseguir la división de la cosa común. De modo análogo, la STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9471), resuelve el supuesto de hecho en el que unos copropietarios (2/5) habían demolido una casa y procedido a su reconstrucción sin contar con el consentimiento del resto de condóminos (3/5); éstos pretendían la demolición de lo construido, pero tanto el juez *a quo*, en la sentencia de primera instancia, como en apelación habían considerado aplicable el artículo 364 C.c., y con base en el artículo 361 C.c. habían condenado a aquéllos a pagar la parte del terreno correspondiente a las cuotas de los propietarios cuyo consentimiento se había obviado. El TS opina que no puede considerarse ésta una vía inadecuada para la obtención de la división de la cosa común, pues “la sentencia ha seguido la línea más práctica en la conformación de lo que fue pedido, dentro de su fundamentación jurídica de base que consiste en apreciar la existencia de la copropiedad primitiva, la apropiación por unos comuneros de lo que era ajeno, puesto que no tenían sino un derecho sobre cuotas ideales, no sobre trozos de terreno, una buena fe resultante de la aplicación del 364.1º, y la lógica indemnización a quienes no consintieron la edificación, solución basada en el principio interpretativo de la eficacia, preferible a la artificiosa de indemnizar a la comunidad y detraer de la indemnización la parte correspondiente a quienes han de pagarla, con lo que se produce, finalmente, una solución justa y de total claridad en la ejecución”. La STS de 30 de septiembre de 1982 (RJ 1982/4931), afirma que lo construido sobre suelo común por uno de los comuneros no se hizo copropiedad por accesión porque se construyó a expensas de un único copropietario; aprecia, sin embargo la concurrencia del artículo 364 C.c., lo que excluye la demolición ex artículo 362 C.c., y de conformidad a la sentencia de 1ª Instancia, procede a la división de la cosa común y a la adjudicación del derecho exclusivo que corresponde a cada parte. No obstante lo anterior, y en sintonía con la tendencia de los últimos años, de volver a los esquemas tradicionales y a una más rígida aplicación del principio *superficies solo cedit*, ante la experiencia negativa que ha traído consigo la vigencia de la doctrina sobre *accesión invertida*, encontramos sentencias como la de la SAP de Granada de 12 de enero de 2007 (JUR 2007/178577) que resuelve un supuesto en el que uno de los cotitulares de la finca realiza edificación en la misma sin el consentimiento del otro de comunero (su hermano). Entiende la Audiencia que en este caso no se puede aplicar la doctrina de la accesión invertida porque no concurren los requisitos exigidos, en concreto, la buena fe del constructor ya que construye durante el disfrute de su derecho por parte del usufructuario de la finca (su madre viuda), pero sobre todo porque se dirigió a su hermano planteándole

extralimitación se tratara, ya que el condómino que construyó es, en parte, propietario del terreno¹²⁰.

Por último, entre los romanistas también se ha planteado, una vez producido el presupuesto de la unión, la posibilidad de adquisición por accesión de una *res nullius*, confrontándola con la posibilidad de adquisición por accesión de una *res aliena*. La teoría según la cual es posible este modo de accesión, respecto de una cosa *nullius*, ha sido defendida por autores de indudable autoridad en la materia (BRANCA, BONFANTE, SANFILIPPO, en Italia, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, en Portugal)¹²¹, que mantienen dos criterios diferenciados para dar por cumplido el requisito de la unión o adherencia exigido por la accesión, según la cosa unida o incorporada se trate de una *res aliena* o una cosa sin dueño. Respecto a las primeras, se adopta una postura restrictiva, por ello, cuando de accesión de cosa ajena se trata, se exige que la unión entre las dos cosas sea totalmente íntima, que formen una unidad inescindible para la conciencia económico-social, que la incorporación sea de tal naturaleza que haga aparecer al conjunto como una sola cosa en el tráfico¹²², bastando, en cambio, si de *res nullius* se trata, cualquier tipo de unión que la haga parecer como cosa accesoria de la principal. Atenuación que se fundamenta porque, en tal caso, las consecuencias jurídicas son mucho menos graves, y porque la adquisición de la propiedad por parte del propietario de la cosa principal no va acompañada de la correlativa pérdida de la propiedad de la cosa accesoria¹²³.

Sin embargo, entendemos que esta idea no puede ser aceptada. Primero porque el artículo 334 C.c. se desentiende de quién sea el titular de la cosa incorporada. Puede ser del dueño del *solum*, de un tercero o de nadie, ello es indiferente a los efectos pretendidos por la norma: la inmovilización. Además, exigir a las cosas sin dueño un tipo particular y concreto de unión o adherencia física es absolutamente irrelevante, ya que fuera cual fuese el tipo de unión exigida, nadie existe para ejercer el *ius tollendi* (en caso de ser posible la separación) o exigir indemnización por el enriquecimiento que experimenta el *dominus soli* (artículos 360 y ss. C.c.).

El problema se encuentra en la consideración de la accesión como un modo universal de adquisición en lugar de limitarla a aquellos supuestos en que concurren los presupuestos tasados objeto de análisis (unión o incorporación fija, estable y permanente, falta de relación jurídica previa de los titulares de los bienes en lid y carácter accesorio de lo unido frente al carácter principal del *solum*). Considerar que es posible adquirir con base en el principio *superficies solo cedit* cosas *nullius* unidas al suelo, es contrario, por un lado, a las reglas ofrecidas por el derecho común, según las cuales, las cosas *res nullius* unidas al suelo se adquieren por ocupación, y por otro, a los prin-

la necesidad de construir una nueva vivienda y ante su negativa procedió unilateralmente. También la de fecha 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/ 8671) donde de modo tajante se concluye que “la situación de construcción extralimitada no se produce cuando un comunero construye en terreno que es común con otro comunero ya que, en tal caso, no construye en suelo ajeno, ni por supuesto invade terreno ajeno”.

¹²⁰FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3003.

¹²¹SANFILIPPO, op. cit. pág. 130; BONFANTE, op. cit., págs. 96 y 97.

¹²²CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 185 y 186.

¹²³SANFILIPPO, op. cit., pág. 130. BONFANTE, op. cit., pág. 97.

cipios que rigen en sede de accesión, ya que el principio *superficies solo cedit*, como regla de solución de conflictos ante una intromisión indebida en la esfera dominical ajena requiere entre otros presupuestos, esa disparidad entre quien edifica y quien es dueño del suelo sobre el que aquél construye o de los materiales con que edifica. Es más, entiendo tal posibilidad errónea en esencia, por el sólo hecho de que antes de ser empleados los materiales han debido ser aprehendidos y queridos por alguien, *dominus soli* o un tercero, lo que ya supondría un traslado dominical previo.

2.3. Falta de acuerdo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas¹²⁴

Una correcta delimitación de los supuestos comprendidos en la órbita del principio *superficies solo cedit* (artsículos 358 a 365 C.c.), exige preguntarse quiénes son las personas entre las que surge el conflicto planteado. Por un lado, se encuentran los propietarios, esto es, el propietario del suelo, el dueño de los materiales, plantas o semillas. Pero al otro lado nos encontramos con quien de modo genérico denominamos “edificante” o “constructor”. Términos sobre los que se cierne la duda. Parece que cuando el “constructor” o “edificante” no es el mismo propietario del terreno, se trata de otra persona que no está vinculada con aquél por ningún tipo de relación jurídica especial¹²⁵, pues si la unión ha sido hecha por voluntad común de las partes, la adquisición que pueda resultar se opera entonces por tradición¹²⁶, no por accesión (Ulpiano, L. 39. pr. D., *de rei vind.*, VI, 1).

Llama nuestra atención, que la ausencia de relación jurídica entre los propietarios de las cosas unidas, como segundo presupuesto de la accesión, sólo haya sido puesta de manifiesto, entre los primeros comentaristas del Código civil por SÁNCHEZ ROMÁN¹²⁷, pionero en apuntar que el artículo 361 C.c., no es de aplicación en aquellos casos en los que quien edifica, planta o siembra, es arrendatario, enfiteuta o usufructuario del terreno en que se lleva a cabo tal actuación y deben “resolverse con arreglo a los principios generales aplicables a tal supuesto en el arrendamiento¹²⁸, enfiteusis

¹²⁴El Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de junio de 1956 (RJ 1956/ 2702) reconoce la necesidad de concurrencia de este presupuesto. Concretamente el Tribunal rechaza el recurso interpuesto porque el supuesto de hecho en que se sustenta es distinto al exigido por las normas de la accesión, ya que es requisito ineludible la nota de ajenidad del suelo en que se edifica, pero además que “quienes ejerciten tales operaciones no tengan vínculo jurídico de cualquier clase con el predio en que las realicen”.

¹²⁵DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 297 a 299, afirma: *A primera vista*, con independencia de la buena o mala fe, *la primera impresión que existe es que se trata de un usurpador*.

¹²⁶PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 253.

¹²⁷SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 152. Esta misma posición es secundada más recientemente por PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J.I., “El problema de la aplicación de las normas de la accesión al constructor en suelo ajeno ligado por una previa relación jurídica con el dueño del suelo: el caso del usufructuario”, *Actualidad civil*, N° 13, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pág. 1481.

¹²⁸La SAP de Cantabria de 6 de marzo de 1997 (AC 1997/423), confirma la sentencia dictada por el juez *a quo*, que estima la demanda en la que se ejercita acción declarativa de dominio respecto una finca con lanzamiento de sus ocupantes (arrendatarios). Éstos como autores de la edificación recurren y supli-

o usufructo”. Y ha sido la doctrina moderna la que ha centrado su atención sobre esta exigencia. Concretamente, el tema ha sido planteado por ALBALADEJO, para el que la regla contenida en el artículo 358 C.c. (*superficies solo cedit*), tiene algunas excepciones en función de quién haya realizado la incorporación. Así, las reglas reguladoras de la accesión y de la materia conexas a ella (indemnización al propietario de la cosa accesorio que adquiere el dueño de la principal) solo procederá aplicarlas si el caso ante el que se esté no cae bajo el imperio de otra norma más específica a la que corresponda regirlo preferentemente¹²⁹.

ALBALADEJO concibe, tanto la edificación como la plantación, como *mejoras* de la finca y por ello considera que han de regirse por lo establecido para tales mejoras en los casos de usufructo, arrendamiento, enfiteusis, etc. Y llega a la conclusión de que cuando la edificación o construcción son llevadas a cabo por el titular de un derecho (habla de usufructuario, arrendatario y de poseedor a título de dueño), los efectos que produce tal edificación tienen regulación dentro de la institución de que se trate, a cuyas normas habrá que acudir, no siendo de aplicación las normas de la accesión¹³⁰. Éstas entrarán en juego cuando el constructor actúe fuera de toda relación con el otro interesado, de modo que el tema de los materiales empleados por el *dominus soli*, o de la mejora que para la cosa suponga la construcción, no debe estar regida por normas que disciplinen la relación entre ambas partes.¹³¹

can la aplicación de la doctrina de la accesión invertida. Pretensión rechazada por la Audiencia por no concurrir los requisitos exigidos entre ellos: “Que exista buena fe por parte de quien construyó extralimitándose de su terreno, buena fe que en este campo consiste en la creencia de que ese terreno ajeno era propio o la ignorancia de que era ajeno (SSTC de 17 junio 1961, 23 febrero 1988 (RJ 1988/1277); y que no medien relaciones jurídicas o personales entre el constructor y el dueño del terreno, pues de ser así, la situación debe resolverse acudiendo a las normas reguladoras de esas relaciones (STS 17 diciembre 1955 (RJ 1955/3636), 14 junio 1956 (RJ 1956/2702), 1 febrero 1979 (RJ 1979/420)...”.

¹²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, T. III. *Derecho de bienes*, 11ª edic. puesta al día con la colaboración de E. Cordero Lobato, Edisofer, S.L. Madrid, 2010. págs. 286 a 288.

¹³⁰ Esta solución es la que adopta la SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008/119382), que ante una demanda de juicio ordinario interpuesta por el arrendatario-constructor en la que ejercita acción de accesión invertida. La Audiencia resuelve que “la accesión invertida nada tiene que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario, que vienen reguladas por su específica normativa, esto es, por los artículos 1573 y 487 C.c.”.

¹³¹ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III., pág. 287, tras centrar el tema al caso en que se edifica, planta o siembra en predio ajeno al dueño de los materiales, explica con más detalle lo afirmado distinguiendo entre dos supuestos: 1º Si las obras fueron hechas por el usufructuario o arrendatario, se regirán por lo dispuesto para las mejoras hechas por arrendatario o usufructuario. Si lo que ocurre es que sin arrendamiento o usufructo, el poseedor que sea (de buena o mala fe) llevó a cabo la obra, plantación o siembra, cuando sea vencido en la posesión (cuando el verdadero dueño recobra la cosa que el otro poseía creyéndola suya o aun sabiendo que no lo era), los gastos que realizó para edificar, plantar o sembrar se rigen por lo establecido para los efectos de la posesión. 2º Que quien edifica, planta o siembra (aunque puede tener relación con la cosa: así, es su dueño, pero, para edificar usó unos materiales que no le pertenecían), actúe fuera de toda relación con el otro interesado (por ejemplo, no se trata de que uno es usufructuario y otro nudo propietario, ni de que uno sea arrendatario y otro arrendador), de modo que el tema de los materiales empleados en la cosa o de la mejora que para ésta suponga la edificación, plantación o siembra no se regule por lo que establezcan las normas que rijan la relación existente entre ambas partes. Pues bien, las reglas de la accesión sólo se aplican al caso segundo.

Por el contrario, DÍEZ PICAZO considera que las reglas contenidas en los artículos 358 a 365 C.c., son también de aplicación cuando el constructor se encuentra ligado por una previa relación jurídica con el dueño del suelo (usufructuario, arrendatario, etc. . .). A su juicio, las normas reguladoras de las mejoras de cada institución, no son incompatibles con las normas de la accesión. Para fundamentar su postura afirma que, “*así parece demostrarlo el artículo 361, que se remite a los artículos 453 y 454*”¹³² y esgrime para sustentarla, alguna jurisprudencia¹³³, y los textos históricos en los que gran parte de las normas de la accesión se aplicaron para resolver problemas planteados por arrendatarios. Sin embargo, parece que matiza su drástica conclusión, cuando afirma que “es cierto, que las reglas de los arts. 358 a 365 son de carácter general y habrán de ceder cuando exista norma de carácter especial, o más concreta”. Aunque a reglón seguido retoma e insiste sobre su postura inicial al afirmar que, “cuando existe una relación jurídica entre constructor y propietario, especialmente regulada por la ley, lo que se impone es una interpretación conjunta o sistemática de las dos esferas o planos normativos”¹³⁴.

Entendemos, sin embargo, que desde un plano conceptual, las normas de la accesión no deben ser aplicadas en los supuestos en que medie entre los sujetos implicados, “vínculos, relaciones jurídicas o negocios”¹³⁵, esto es, cuando el edificante sea, por ejemplo, usufructuario, censualista, arrendatario, aparcero, superficiario, acreedor anticresista, heredero fiduciario, o estemos ante la existencia de un contrato de cambio

¹³²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298, justifica tal postura en dos planteamientos: el primero, es que una construcción no tiene por qué suponer siempre una mejora objetiva del fundo, pues ello dependerá del tipo, función y calidad de la construcción. Lo demuestra así, el que en materia de mejoras, el Código suele distinguir además de las de mero lujo o recreo, las necesarias, que parecen presuponer siempre un acto meramente conservativo, y las útiles, que como su nombre indica, necesitan determinar una utilidad para el fundo. Caben, pues, construcciones que no sean en sentido estricto mejoras, por no ser necesarias o por no determinar una directa utilidad. En segundo lugar, entiende que en el régimen de las mejoras se engloba un poco confusamente el gasto realizado y las obras o instalaciones en que el gasto se concreta, y se puede decir que las normas sobre régimen jurídico de las mejoras aparecen montadas sobre todo como criterios para resolver el problema del gasto más que el destino final de la obra o instalación.

¹³³Jurisprudencia tachada por ALBALADEJO de errónea, recaída en supuestos de hecho donde acabado un contrato de arrendamiento el ex arrendatario había sembrado, después, en la finca. Según este autor se debieron aplicar exclusivamente los preceptos que regulan lo relativo al abono o no (según los casos) al poseedor anterior (al ex arrendatario) por el que le vence en la posesión (el propietario que le arrendó), de los gastos hechos por aquél en la cosa. Cita también la STS de 22 de marzo de 1978 que juzgó un caso de obras realizadas en suelo ajeno por quién poseía por concesión graciosa del dueño. ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., pág. 288.

¹³⁴DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298.

¹³⁵FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3003.

de solar por edificación futura¹³⁶, o de un contrato de obra¹³⁷, etc. En estos casos, hay que estimar aplicables las disposiciones específicas reguladoras de tales institutos, así como el convenio existente entre las partes que las vincula con fuerza de ley.

Esta es la conclusión que alcanza la doctrina mayoritaria: CARRASCO PERERA¹³⁸, LÓPEZ VILAS¹³⁹, SÁNZ FERNÁNDEZ¹⁴⁰, ALONSO PÉREZ¹⁴¹, para los que el artículo

¹³⁶Considera NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 38 y ss., que quien edifica en terreno ajeno previo acuerdo con el propietario de repartirse el edificio resultante, por pisos separados, en la medida en que haya convenio, no debe temer que el *dominus soli* invoque a su favor el artículo 361 C.c. y se quede con base al *superficies solo cedit* con la propiedad de todo el edificio, con la obligación de abono de lo establecido en los artículos 453 y 454 del C. c. *dominus soli* y constructor caerían fuera de la órbita de la accesión y han de atenerse a las estipulaciones contenidas en su contrato entre ellos existente y que los vincula con fuerza de ley.

¹³⁷Quien edifica en terreno propio con materiales que recibe de proveedores, ha de regirse respecto a los materiales, por el contrato que el *dominus soli* tenga con los proveedores, normalmente un contrato de compraventa. El proveedor, para reintegrarse del valor de los materiales, no podrá ejercitar los derechos que de los artículos 360 y ss C.c., sino que habrá de estar a la normativa de la compraventa y exigir el precio convenido. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 38.

¹³⁸Opina CARRASCO PERERA op. cit., pág. 291, que *las normas de la accesión quedan postergadas ante la existencia de una regulación típica que reglamente los derechos respectivos de las partes*. Aplica esta idea central a supuestos concretos como el del adquirente de finca en virtud de título que posteriormente haya sido resuelto o rescindido, ya que habiendo construido en el tiempo de eficacia de su derecho, no puede ser constructor en terreno ajeno del artículo 361, pues en el momento de la edificación ostentaba posesión justa. Al igual que ocurre cuando el que construye lo hace en virtud de título viciado de anulabilidad. Sin embargo quien haya adquirido el terreno en virtud de título traslativo radicalmente nulo (en sentido amplio, abarcando la imperfección, la inexistencia y los contratos prohibidos), no adquiere según los principios de nuestro sistema, la propiedad de lo entregado al no existir una “justa causa” para la tradición. Construiría, por tanto, en terreno ajeno y no habría razón para excluirle del ámbito de la accesión.

¹³⁹Considera LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1007, con cita de ALONSO PÉREZ, que la necesidad de que no exista previa relación jurídica está hoy plenamente admitida, que las normas que disciplinan la accesión no afectan —salvo por analogía— a la hipótesis de relaciones jurídicas establecidas en el ámbito de los derechos de obligación (v. gr. arrendador-arrendatario...) o derechos reales (nudo propietario-usufructuario, p. ej.) que tienen normativa específica y su problemática se refiere a la titularidad de las mejoras o expensas útiles hechas en la cosa arrendada, usufructuada, etc.

¹⁴⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 141, admite la posibilidad de preexistencia de una situación jurídica en la cual no sean de aplicación los preceptos de la accesión, quedando excluido el principio *superficies solo cedit*, consagrado en el artículo 348 del C.c.

¹⁴¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 327, entiende que las normas sobre accesión (artículo 358 y ss., C.c.) se aplican en los supuestos en los que quien planta, edifica o siembra no está vinculado con el *dominus soli* por una relación obligatoria o real disciplinada por normas específicas. Cómo también lo ha entendido el Tribunal Supremo en sus STSS de 28 de febrero de 1906 (JC, 75), 17 de diciembre de 1955 (RJ 1955/535), 5 de marzo de 1959 (RJ 1959/1095), 31 de octubre de 1985 (RJ 1985/5139) y 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858). Concretamente el autor hace referencia a la sentencia de 5 de enero de 1978, en cuyo supuesto de hecho no acontece accesión, porque se de una grúa puente apoyada en muro ajeno, no existe unión indisoluble, y porque entre las dos sociedades en lid, mediaban buenas relaciones de tolerancia e idéntica dirección de negocios. De igual modo, en la sentencia de 31 de octubre de 1985 (RJ 1985/5139) no entra en juego la accesión, porque entre *dominus soli* y constructor existían relaciones jurídicas obligacionales. En términos parecidos la SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2007 (JUR 2008/119382), que rechaza la entrada en juego de las normas de la accesión por tratarse de obras efectuadas por el arrendatario y no sólo eso sino porque las partes habían pactado expresamente, en la cláusula sexta del contrato de arrendamiento que al final del arriendo las construc-

358 C.c., contiene una norma aplicable con carácter específico y prevalente a los supuestos en que quien planta o edifique no esté vinculado con el propietario del suelo por relación real u obligatoria, y aunque no pueda decirse que la Jurisprudencia sobre esta cuestión sea unánime y coincidente, sí que parece ser ésta la postura secundada por la mayoría de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, que entiende la prevalencia de la norma específica o más concreta sobre la general (artículos 358 a 365 C.c.), y exige, para que entre en juego el principio *superficies solo cedit*, a quienes construyen en terreno ajeno que *no tengan vínculo jurídico de cualquier clase con el predio en que tales construcciones se realicen*.¹⁴²

ciones realizadas quedarían para el propietario sin obligación de pago de cantidad alguna en concepto de contraprestación.

¹⁴² Así, referida a la existencia de una relación usufructuaria o de arrendamiento entre el propietario del suelo y el constructor encontramos, la STS de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979/420) que entiende inaplicables los preceptos que disciplinan la accesión porque nada tienen que ver con las obras realizadas por el arrendatario o usufructuario. Entiende que “éstas —refiriéndose a las obras— vienen reguladas por su específica normativa, esto es, por los artículos 1573 y 487 del Código civil”. Relativa a un contrato de obra encontramos la STS de 28 de febrero de 1906 (JC, 75), que rechaza aplicar las normas de la accesión al constructor reclamante, que había realizado una obra en virtud de contrato de ejecución de obra suscrito con el arrendatario, a su vez facultado por el *dominus soli* para construir, entiende el Tribunal Supremo que el constructor ha de reclamar el pago de la obra ejecutada a quién se la encargó, esto es, al arrendatario y no al dueño del terreno y por tanto considera inaplicable el artículo 356 C.c. En idéntico sentido, la sentencia de 9 de abril de 1949 que desestima el recurso interpuesto al considerar que las obras ejecutadas por el contratista, con licencia administrativa, habían sido objeto de un contrato de obra con el *dominus soli*, por lo que no entran en juego las normas del artículo 361 y ss. C.c., por no concurrir entre otros el requisito de falta de acuerdo de voluntades. En otro orden de cosas, la STS de 4 de julio de 1985 (RJ 1985/3640) no aplica el artículo 361 C.c. en un supuesto de concesión marítimo terrestre “porque, obviamente, la posesión de la zona y la construcción de la fábrica fue autorizada por la concesión administrativa no caducada ni extinguida”. Vid. también, la STS de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4766), que niega la accesión al considerar existe una donación del terreno en que se construyó con pacto de reversión, con inclusión de las construcciones realizadas. Es más, la STS de 31 de octubre de 1985 (RJ 1985/5139) también niega la aplicación del artículo 361 C.c. al caso de unas obras realizadas por un amigo de la dueña del terreno, del que dice “no es tercero que edifica de buena fe en terreno ajeno, sino persona ligada con la dueña de éste por relaciones de íntima convivencia, y en su caso, sólo titular de derechos personales y obligacionales no determinados por no ser objeto del pleito”. La STS de 18 de abril de 1986 (RJ1986/1858) declara no haber lugar a la accesión dada la existencia de convenio previo de reparto o distribución de beneficios entre las partes en litigio, esto es, propietarios del terreno y edificantes de la granja agrícola construida. Declaraciones de carácter más general encontramos en las STSS como la de 20 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6323) que rechaza la pretensión que el constructor realiza al amparo del art. 360 C.c. porque “la construcción no se ha hecho por su propio dueño u otro por mandato suyo” y porque la accesión del art. 360 C.c. atiende sólo a los casos de “ausencia de una convención al respecto”; la STS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990/4766) rechaza la aplicación del art. 361 C.c. a un supuesto de elevación de planta previa transmisión del derecho a construirla. Para el Tribunal la postulación del recurrente “es absolutamente inatendible” porque la accesión “contempla, por definición, el supuesto de que quien planta, edifica o siembra no está vinculado al efecto con el propietario del suelo por una relación obligatoria contractualmente asumida”; en la STS de 15 de marzo de 2000 (RJ 2000/1838) se proclama con carácter general el presupuesto de ausencia de vínculos constructor-*dominus soli*, y concluye que la accesión no se producirá en aquellos supuestos en los que existan vínculos, relaciones jurídicas o negocios que faculten a una persona para construir en suelo ajeno. Entre la jurisprudencia menor encontramos sentencias como la SAP de Huesca de 7 de abril de 1998 (AC 1998/794), ante las obras realizadas en finca ajena por el actor-arrendatario declara la

No obstante lo anterior, el problema se plantea porque en ocasiones, ese vínculo o concreta relación jurídica, carece de una regulación completa y suficiente. Así, es posible que la cuestión relativa al pago de construcciones realizadas por una de las partes en el terreno de la otra, no esté prevista¹⁴³. En tales casos, consciente de las grandes dificultades que entraña en determinados supuestos decidir si son de aplicación, con carácter preferente, las reglas de la posesión o las de la accesión, ya que éstas últimas permiten al *dominus soli*, con base al principio *superficies solo cedit*, adquirir la construcción o la imposición de una compraventa al constructor, norma que carece de parangón en materia de posesión¹⁴⁴, la doctrina propone la aplicación de las normas del Código civil sobre accesión¹⁴⁵, esto es, opta, para colmar las lagunas existentes en las relaciones jurídicas específicas, por el recurso a los preceptos que disciplinan la accesión (artículos 353, 358 y ss. C.c.), que tienen carácter general y recogen principios fundamentales de justicia conmutativa. Se impone la aplicación analógica por prescripción del artículo 4.1º C.c.¹⁴⁶.

inexistencia de indemnización por las obras realizadas, ni la aplicación como pretende de las normas de la accesión “a cuyo amparo tampoco tendría el actor derecho a ninguna indemnización pues el mismo hizo las obras de mala fe, es decir, sabiendo que la finca no era de su propiedad y que no tenía ningún título para construir en ella...”, sigue diciendo: “... y, a los efectos del artículo 364 «in fine», tampoco se ha acreditado que la obra se hiciera a la vista, ciencia y paciencia del anterior propietario, el abuelo de los litigantes; debe de tenerse en cuenta que se trataba de una persona muy mayor y no consta que frecuentara la finca. Por todo ello, si no fueran aplicables las normas sobre mejoras de los arrendamientos sometidos al derecho común, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 362, en donde se dispone que el que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización”. En términos idénticos la SAP de Huesca de 5 de abril de 2002 (AC 2002/153412), que resuelve un supuesto de hecho en el que la usufructuaria-actora realiza, en virtud de acuerdo con el propietario, las obras que tuviere por conveniente en orden a lograr un mayor nivel de habitabilidad. La Audiencia rechaza su pretensión de enriquecimiento injusto y la aplicación analógica de las normas de la accesión en los siguientes términos: “No existe, por tanto, una auténtica situación de enriquecimiento injusto, de modo que no es posible declarar el derecho del actor a ser reembolsado por los gastos y mejoras realizados en el ático litigioso, máxime si se tiene en cuenta que, como ya dijimos en nuestra Sentencia de 7 de abril de 1998 (AC 1998/794), si el usufructuario, según el art. 487 del C.c., puede hacer en los bienes las mejoras útiles o de recreo que tenga por conveniente, con tal de que no altere la forma y sustancia, pero no tiene por ello derecho a indemnización, sin perjuicio de la posibilidad de retirar dichas mejoras sin detrimento de los bienes, no creemos que el precarista o el comodatario deban ser de mejor condición que el usufructuario. No obstante, aunque tal aplicación analógica no procediera, podríamos acudir a las reglas generales de la accesión, a cuyo amparo tampoco tendría el actor derecho a ninguna indemnización por cuanto hizo las obras de mala fe, es decir, sabiendo que la finca no era de su propiedad y que no tenía ningún título para construir en ella”. Por último citamos la SAP de Pontevedra de 2 de octubre de 2013 (AC 2013/1687), que declara la improcedencia de la aplicación de la normativa de la accesión porque entre propietarios de la edificación y los poseedores del sótano en el que habían construido, antes dedicado a bodega, existía una relación que debe regirse por el marco normativo del comodato.

¹⁴³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 67.

¹⁴⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 42.

¹⁴⁵En contra ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, págs. 287 y 289.

¹⁴⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 327.

2.4. Cosa principal y cosa accesoria

Según es doctrina establecida, la accesión precisa como elemento definitorio que una de las cosas inseparablemente unidas, tenga el carácter de accesoria¹⁴⁷, secundaria o menos relevante¹⁴⁸.

Precisamente, en esa relación de accesoriedad, descansa el fundamento de la accesión, y justifica que la propiedad de la cosa menos importante¹⁴⁹ sea sacrificada¹⁵⁰ y desaparezca absorbida por la propiedad de la cosa principal¹⁵¹, sin perjuicio, claro está, de la compensación por su valor, en los casos en que proceda. De modo que, no habrá lugar a la aplicación de las reglas de la accesión si no se da la relación de dependencia¹⁵² que la fundamenta.

Es por tanto, unánime, en doctrina¹⁵³ y Jurisprudencia¹⁵⁴, el entendimiento de que la regla *accessorium sequitur principale* está en la base de las soluciones normativas de la accesión¹⁵⁵, como fundamento¹⁵⁶, como requisito ineludible en la unión de cosas o

¹⁴⁷El artículo 624 del Proyecto de 1836 añadía a la redacción del actual artículo 353 la expresión: "...o se incorpora accesoriamente". Ésta mención a la accesoriedad desaparece en el Proyecto de 1851.

¹⁴⁸La cualidad de accesorio y principal va referida a las cosas unidas, nunca a la titularidad. No juega el instituto de la accesión en aquellos casos en los que sobre una cosa existen cuotas de participación distintas, esto es, el que mayor cuota indivisa tenga no podrá quedarse con la cosa entera esgrimiendo las reglas de la accesión. NÚÑEZ BOLUDA op. cit., pág. 44.

¹⁴⁹Para ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, págs. 280 y 281, es erróneo fundamentar la accesión en el sentido literal de la regla "lo accesorio sigue a lo principal", ya que considera que ésta regla solo es exacta en el sentido de que "lo menos importante sigue a lo que lo es más". Para este autor rige el "criterio de la importancia", aunque, ciertamente, si hay entre las cosas unidas relación de subordinación, se considera más importante a la principal no a la subordinada.

¹⁵⁰Para DÍEZ PICAZO, L., "La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión", *RCDI*, N° 455, 1966, pág. 847, la regla de accesoriedad, consiste en un criterio de hondo sentido empírico que pondera el valor económico-social que en cada caso deba atribuirse a las cosas y por tanto la regla "*superficies solo cedit*" significa que, en un supuesto de inseparable unión de cosas, las accesorias deban sacrificarse y seguir el destino de la principal.

¹⁵¹Para ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 280, son razones de índole práctica las que mueven al legislador a otorgar la propiedad del todo al que fuese titular de la cosa "más importante", por un lado esgrime que nuestro legislador prefiere evitar la destrucción de riqueza creada y por otro evitar la situación tan indeseable de condominios.

¹⁵²CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 67.

¹⁵³PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J.I., "Consideraciones sobre los principios rectores de la accesión en las edificaciones", *RDP*, N° 1, 2015, pág. 53 a 68

¹⁵⁴La STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721) declara que "la aplicación del principio *superficies solo cedit* exige, como supuesto necesario una relación entre dos cosas, en cuya virtud se presenta o aparece una como dependiente de la otra, y ésta con carácter de preeminencia respecto a la subordinada". La STS de 31 de mayo de 1949, considera que la doctrina legal y científica descansan en la existencia de "una cosa que ha de tenerse por principal y de otra accesoria que al unírsele forma con ella una individualidad". También, la STS de 19 de abril de 1988 (RJ 1988/3180), en el marco de la accesión invertida recuerda que "el instituto de la accesión viene regulado en función directa de la cosa principal, en cuyo favor ha de ceder la accesoria".

¹⁵⁵CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 68.

¹⁵⁶CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. II, *Derecho de cosas*, Vol. I, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 12ª edición, editorial Reus, Madrid, 1982,

en la consideración del principio *superficies solo cedit* como aplicación particularizada de tal principio general¹⁵⁷. Y así se encuentra recogida con carácter general, en el artículo 353 C.c.¹⁵⁸, y en la Ley 355 del Fuero de Navarra cuando reza "... también puede adquirirse (la propiedad de las cosas) por hacerse una cosa accesorio de otra principal..."

Cuestión distinta, y problema fundamental de este elemento tercero, es la concreción de qué cosa de las unidas debe ser considerada principal y cual accesorio. Han sido varios los autores que se han aventurado a formular definiciones e incluso han elaborado tablas de criterios para el cálculo de la accesoriedad, en un intento de dar luz a este interrogante. Cuestión que no es baladí, ya que en ella descansa el origen de la polémica doctrina de la "accesión invertida", y de la crisis que desde la década de los 30 del siglo XX, se cierne sobre el principio *superficies solo cedit*.

Así, ALONSO PÉREZ considera como cosa accesorio la que "está destinada a unirse a la principal y subordinarse a ella". Cuya "vocación es precisamente servir al destino de la principal". Entiende, que "la cosa accesorio viene a ser algo incompleto y necesita nutrirse de la principal de la que depende. La principal —*princeps*: primero— supone una entidad prioritaria, de importancia destacada; la accesorio —de *accederé*, unirse o acercarse— implica movimiento de una cosa para incorporarse a otra y depender de su función y destino"¹⁵⁹. Por el contrario, NÚÑEZ BOLUDA¹⁶⁰, entiende que la cualidad de accesorio y principal es relativa, y la relación entre ambas cosas (principal y accesorio), a diferencia de lo afirmado por ALONSO PÉREZ, no es de destino sino finalista, y por tanto, solamente puede predicarse después de acaecida la unión.

pág. 320, señala como fundamento de la accesión el principio general de que "lo accesorio sigue a lo principal" y considera que no puede negarse un fundamento de justicia natural en la accesión continua, en concreto en la accesión industrial inmobiliaria por dos razones: 1ª por razones prácticas ya que es mas ventajosa la atribución de la cosa nueva al dueño de la cosa principal que no la admisión de un estado de condominio. 2ª por razones jurídicas (idea desenvuelta por los autores romanos y desarrollada por las formulaciones COLIN y CAPITANT, op. cit., pág., 864 y ss.), ya que, cuando la unión es entera y completa, una y otra cosa han perdido su individualidad anterior, y no habiendo, por consiguiente, más que una *res nova*, es natural atribuirla al propietario de la anterior cosa más importante, ya que son los caracteres de ella los que dominan el objeto nuevo. Para SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 88 y 89, esta regla o principio general exige que, cuando unidas dos cosas (principal y accesorio) el conjunto que ambas forman no pueda descomponerse sin perjudicar o destruir la naturaleza simple de alguna de ellas. GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 356. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 324 y 325. MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 179.

¹⁵⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 68.

¹⁵⁸La doctrina ha reconocido que el principio *superficies solo cedit* se encuentra ya proclamado en el artículo 353, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 146, lo entiende como "redundancia" de conformidad a lo ya afirmado por NAVARRO AMANDI, y como "aclaración" lo entiende MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 174.

¹⁵⁹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 277.

¹⁶⁰La referida autora pone de ejemplo que es difícil y exagerado sostener que el oro pueda estar colocado en adornos en puertas o paredes de una casa tenga como destino servir de adorno al edificio. Otra cosa que sí puede sostenerse, continúa la autora referida es que hay cosas que normalmente ocupan la situación de accesorio respecto de otras. Pero en todo caso siempre se debe reservar la calificación al momento en que se haya efectuado la unión y pueda comprobarse que efectivamente es cosa accesorio. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 45.

En ésta misma línea de pensamiento abunda CARRASCO PERERA¹⁶¹ cuando afirma: “dícese que una cosa es accesoria de otra cuando se encuentra respecto a ésta en una relación de subordinación, de manera que, la primera cumple una determinada función para la segunda”. Es más, este autor toma como punto de partida para la concreción de la cualidad de cosa principal y accesoria los criterios elaborados por SCHULTZ¹⁶², que distingue entre los que a continuación se detallan:

1. *Criterio naturalístico. Cosa principal es la que da el nombre y el ser al todo, siendo lo accesorio y añadido inesencial*¹⁶³.
2. *Criterio objetivo de existencia.* Lo accesorio es lo que no puede existir sin otro, de manera que lo principal se estructura como base física de la existencia del todo¹⁶⁴.
3. *Criterio de uso,* (SCHULTZ los llama fundados en las “Ciencias de la Cultura”). Se considera accesorio aquello que separado del grupo no impide hacer uso del resto¹⁶⁵.
4. *Criterio de valor de cambio.* Es regla subsidiaria para el caso de que la relación de accesoriadad no pueda ser determinada según el criterio de utilización objetiva¹⁶⁶.
5. *Criterio de la sustituibilidad. Lo determinante es cuál de las cosas y con qué coste puede ser sustituida o reemplazada.* Este criterio se remite al cálculo del “valor de reproducción”. Aquel propietario que tuviese que soportar un valor de reproducción superior al otro se convertiría en dueño del todo resultante.
6. *Criterio mixto.* Con el que, según POTHIER, queda excepcionado el criterio básico de existencia en el supuesto de que *la cosa que pueda subsistir es cuasi de ningún valor en comparación del precio de la otra. En este caso la cosa de*

¹⁶¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 68.

¹⁶²*System der Rechte auf der Eingriiserwerb*, AcP (105), 1904, págs 362 y ss. Obra citada por CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 68 a 70, nota. 36, y de la que extrae los criterios con los que trata de arrojar luz a la definición de la cualidad de accesorio y principal.

¹⁶³ENNECERUS, op. cit., págs. 431, 432, 443 y 444.

¹⁶⁴POTHIER, *Traité du domaine*, nº 170, pág. 123.

¹⁶⁵Este criterio condicionaría la regla “accessorium sequitur principale” a puras motivaciones subjetivas, y para evitar tales objeciones CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 69, nota. 39 entiende que el criterio de uso debe ser medido de conformidad a un patrón objetivo: el uso que generalmente se hace de la cosa en el tráfico mediante un criterio de uso uniforme (“usus rei, consuetudinis pater familias”). Para CARRASCO la dialéctica entre criterios naturalísticos y los que dan primacía a la función económica proviene de la conocida polémica entre Sabinianos y Proculeyanos. BONFANTE, op. cit., págs. 103 a 107, estudia detalladamente el “contrasto tra Sabiniani e Proculeiani”.

¹⁶⁶Es la regla subsidiaria que ofrece el artículo 377 C.c. que entra en juego en defecto de lo previsto por el artículo 376 C.c., y también la contemplada en el artículo 1333 del Código portugués. La elección del valor de cambio como determinación de la cualidad de accesorio proviene del derecho común (VOET), y ha sido duramente criticada por autores franceses de la talla de GOUBEAUX y CARBONNIER, op. cit., págs. 271 a 274.

*más valor aunque no pueda subsistir sin la otra, y que ésta, al contrario pudiera subsistir sin aquella, no deja de ser mirada como la parte principal del todo que las cosas componen, la cual debe atraer para sí el dominio de la otra*¹⁶⁷.

Si en alguno de ellos debiéramos subsumir la regla “*superficies solo cedit*”, optaríamos por el criterio de existencia: lo principal es el suelo porque puede existir sin el edificio, mientras que la hipótesis inversa no es pensable¹⁶⁸.

Sentado lo anterior, el problema real en la calificación de qué debe entenderse por principal y qué por accesorio reside en que nuestro sistema no formula una definición general de cosa accesorio. Concretamente, en nuestro cuerpo legal sólo encontramos un principio de referencia en el artículo 376 C.c. del que con claridad se infiere: “Se reputa principal entre dos cosas incorporadas aquella a la que se ha unido otra por adorno o para su uso o perfección”. Regla que es conocida como la *del destino económico de las cosas y del rango social de ese destino*¹⁶⁹, y que ha sido encumbrada por DÍEZ PICAZO¹⁷⁰ como pieza angular en sede de accesión porque como bien apunta este autor, la locución legal es “ejemplificativa”, porque aunque ubicada en sede de accesión mobiliaria y referida sólo a la accesión de mueble a mueble, *dentro de ella late el rango del destino económico de las cosas* como criterio de carácter general.

Esta misma apreciación ha sido apuntada por un nutrido sector doctrinal¹⁷¹ crítico al *superficies solo cedit*, los cuales consideran que es la regla que *debe guiar y trascender ya toda la materia de accesión, ayudándonos a encontrar la solución justa cuando no parezca serlo el viejo aforismo romano ya por las circunstancias del caso, ya porque el Código se aparte de tal principio sin dar solución expresa al caso*¹⁷². Y como veremos, el Tribunal Supremo así lo ha entendido y ha decidido que las hipótesis de extralimitación no pueden ser resueltas de conformidad al principio *superficies solo cedit* y ha recurrido para su solución, a la regla *accessorium sequitur principale*, como principio de *orden superior*¹⁷³, en virtud del cual, se concede al extralimitante, en su condición de dueño de la cosa principal, el derecho a adquirir la porción de terreno

¹⁶⁷Según POTHIER, op. cit., n° 173, pág. 125, este criterio se mantiene en el Derecho común para supuestos de *scriptura* y *pintura*. En cambio, el Código civil, en el artículo 377-2º, se limita a considerar en todo caso como principal a la pintura, escritura, escultura y grabados de todo tipo respecto de la tabla, el metal, el papel o el lienzo. Estima, no obstante, la doctrina que el apartado final del artículo 377 dejará de ser aplicable cuando la materia revele un valor notablemente superior. ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 299, nota 42. También, CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 70.

¹⁶⁸POTHIER, op. cit., 170, pág. 123. SCAEVOLA, op. cit., págs. 283 y 289.

¹⁶⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 44. También, GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 153.

¹⁷⁰DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 288.

¹⁷¹MANRESA Y NAVARRO, op. cit., págs. 153 y ss. También, DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho civil español*, T. I., *Introducción, parte general. Propiedad. Derechos reales*, Madrid, 1941, pág. 367 y ss., y siguiéndolos GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 150; DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 394 y ss.; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 331 y 346; PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 234 y ss.; FONT BOIX, op. cit., pág. 7 y ss.; LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 132 a 135; PÉREZ CÁNOVAS, op. cit., pág. 735 y ss.; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 196; LÓPEZ VILAS, op. cit., págs. 1008 y ss., entre otros, sin ánimo de exhaustividad.

¹⁷²GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 153.

¹⁷³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 71. DEMOLOMBE, op. cit., pág. 27. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 88.

ajena que se define como accesoria¹⁷⁴.

Regla que nuestro Derecho positivo completa para el caso de que no pueda determinarse la relación de accesoriadad, acudiendo al *criterio del destino económico de las cosas*, por el *criterio del valor pecuniario*, se considera cosa principal la más cara, y por último, y en defecto del anterior por el *criterio del mayor volumen*, principal es la más grande, la de mayor volumen- (cfr. artículos 376 y 377 del C.c.).

Hasta aquí, para éste sector doctrinal crítico, el sistema del Código es realmente perfecto, al inspirarse en lo que consideran primordial, la idea económico-social, la del destino económico de las cosas, concretada en el artículo 376 C.c., como una norma en blanco que en cada caso concreto pondera y determina, con criterios funcionales y ajustados a la realidad económico-jurídica actual, el carácter principal o accesorio de las cosas inseparablemente unidas. Sin embargo, nuestro sistema es fiel a la tradición romanista en el marco inmobiliario. Esta idea matriz de que lo accesorio debe seguir a lo principal quiebra, al entenderse que lo accesorio es el vuelo respecto al suelo, lo incorporado respecto a la tierra ajena, y sin dar opción, se establece *ex lege*, el principio *superficies solo cedit*: el suelo es siempre lo principal y las edificaciones, siembras o plantaciones lo accesorio (artículo 358 C.c.). Y para evitar posibles enriquecimientos injustos, se pondera la buena, o mala fe del *dominus soli*, y del incorporante, estableciendo un sistema de indemnizaciones destinado a que el poseedor de buena fe restaure su equilibrio patrimonial¹⁷⁵, pero manteniendo imperturbable el viejo brocardo romano *superficies solo cedit*¹⁷⁶.

¹⁷⁴LÓPEZ VILAS, op. cit., págs., 1008 y 1009, no sólo lo ha entendido así en los supuestos de extralimitación, sino también en los supuestos de construcción en suelo propio con materiales ajenos y construcción en suelo ajeno, amparados por el imperio del “*superficies solo cedit*”, y encontramos resoluciones donde anhela la necesidad de “idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión” (STS de 22 de enero de 1953), o en las que afirma que “los términos (del artículo 358 C.c.) en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, no pueden mantenerse de una forma rigorista y absoluta cuando las relaciones de vecindad exigen la acomodación de técnicas constructivas a los meros adelantos universalmente aceptados...” (STS de 3 de abril de 1984), o incluso proclamando abiertamente, en total contradicción con resoluciones anteriores que la regla del artículo 358 C.c. no tiene carácter imperativo (STS 14 de marzo de 1983). Todo ello, sin olvidar que la Jurisprudencia creadora de la *accesión invertida*, evoluciona modulando y matizando el sentido y alcance del principio *superficies solo cedit*, que opera automáticamente cuando no se den las excepciones que la ley permite o no concurren las circunstancias y requisitos que justifican la aplicación de aquella doctrina excepcional, entendida como freno a una aplicación absoluta y rigorista del artículo 358 C.c.

¹⁷⁵CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 71.

¹⁷⁶GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2004”, *RCDI.*, N.º. 690, agosto 2005, págs. 1440 a 1447. La STS de 30 de septiembre de 2004, es importante, no por el supuesto de hecho que resuelve, relativo al ejercicio por la actora de una acción de deslinde, sino porque de manera precisa y detallada enumera de un lado, los requisitos para la apreciación de la figura de la accesión invertida, y de otro lado, el análisis del principio *superficies solo cedit*. Respecto a esto último manifiesta: “Todo lo que se incorpora al suelo pertenecerá al dueño del mismo (art. 358 C.c.). Tradicionalmente este principio se ha considerado una concreción del anterior-principi accessoriium sequitur principale-, pues desde la concepción propia del Derecho romano, y por razones históricas, el suelo siempre ha sido más importante que lo que sobre él se establecía. Luego, en su origen, el hecho de atribuir la propiedad de lo unido o incorporado al suelo al dueño del mismo, no es sino repetición del principio —lo accesorio sigue a lo principal—, ya que al considerarse siempre que el suelo es lo principal, lo que se incorpora será lo accesorio; luego, aplicando lo antes explicado, el dueño de lo principal (suelo) recibirá lo accesorio (plantación, construcción o siembra)”.

Capítulo 3

Efectos jurídico-reales de la aplicación del principio *superficies solo cedit*

Índice del capítulo:

3.1	Atribución de la propiedad del todo. Naturaleza jurídica de la adquisición de la propiedad por accesión	79
3.2	Carácter automático o diferido del efecto adquisitivo de la accesión	90
3.3	Otros efectos jurídico-reales de la accesión: Adquisitivos, extintivos y registrales	114
3.3.1	Derechos de terceros sobre los materiales	117
3.3.2	Derechos de terceros sobre la cosa principal	119
3.3.2.1	Arrendamiento	120
3.3.2.2	Usufructo	124
3.3.2.3	Censo enfiteútico	129
3.3.2.4	Derecho de superficie	133
3.3.2.5	Hipoteca	136
3.4	Efectos de la pérdida de la propiedad de la cosa accesorio. La teoría del “dominium dormiens” y la posible revivificación de la propiedad de los materiales	147

3.1. Atribución de la propiedad del todo. Naturaleza jurídica de la adquisición de la propiedad por accesión

El principio *superficies solo cedit*, resuelve el conflicto de intereses producido entre los dos titulares en pugna: el propietario del suelo y el autor de la construcción, y como efecto principal siempre atribuye a uno de ellos, al de la cosa principal¹ (el suelo), la

¹La tan nombrada STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721), con la que se consagró la doctrina de la accesión invertida, dispuso que el “efecto de la accesión” consiste en que la unidad que conforman

propiedad del todo resultante de la unión inseparable². Adquisición que constituye la médula de la accesión y que opera de forma absoluta³, no exige más que el requisito de la incorporación, y si a ella se añade en algunos casos la indemnización, no es porque lo imponga la naturaleza de la institución, no incide directamente en la operatividad de la misma, sino que se trata de una consecuencia jurídico-obligacional, con la que se intenta resolver un problema de equidad, como lo es la reparación del empobrecimiento injusto del propietario de los materiales (artículo 360 C.c.), o del edificante empobrecido (artículo 361 C.c.)⁴.

Tanto la doctrina patria como la extranjera, se han afanado en calificar esa atribución de la propiedad que la accesión lleva aparejada, y con carácter general, las posturas adoptadas son las que a continuación se detallan:

En primer lugar, nos encontramos con quienes consideran la accesión como un modo de adquirir la propiedad, ya que conlleva la adquisición de un nuevo derecho de propiedad sobre el todo resultante de la unión de dos cosas de modo inseparable⁵. Mantienen la teoría de la automaticidad, la mayor parte de los romanistas y algunos civilistas⁶, el Código civil francés⁷, cuyo artículo 712 reza “la propiedad se adquiere también por accesión o incorporación y por prescripción”⁸, el Código civil italiano de 1942⁹ (véase su artículo 922), el Código Portugués de 1966 (véase artículo 1316), y el

las dos cosas unidas, inseparablemente, pasen a pertenecer al propietario de una de ellas, al propietario de la principal con base en el principio *accessorium sequitur principale*, ante la imposibilidad, por las excepcionales circunstancias del supuesto analizado de establecer un derecho de superficie o una copropiedad en línea vertical.

²NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 59 y ss.

³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 145.

⁴No obstante lo afirmado, es doctrina mayoritaria, como más adelante se verá, que en el supuesto previsto en el artículo 361 C.c., en caso de buena fe en el edificante, se produce una suerte de dominio separado y no se adquiere la propiedad de lo edificado por el *dominus soli*, en tanto en cuanto no satisfaga al constructor el valor de lo edificado.

⁵FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 2955.

⁶BRUGI, B., *Della proprietà*, Vol.I., Torino, pág. 134, considera la accesión “como un modo de adquisición de la propiedad mediante la unión de cosas de propietarios distintos que forma un todo inseparable, que corresponde al propietario de la cosa principal”. GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 356.

⁷Respecto al Code y su inclusión en una u otra de las dos teorías es cuestión discutida por la doctrina, ya que como sabemos se encuentra marcado por la confusión, por obra de Pothier, e incurre en una contradicción, ya que en su artículo 712 se considera expresamente a la accesión como un modo de adquirir la propiedad, y sin embargo, su artículo 546, parece conceptuarla como una facultad del dominio.

⁸VUILLAUME, op. cit. pág. 195 y ss.

⁹El Código italiano, pese a ser uno de los códigos menos proclive a dar definiciones, se aleja de la polémica doctrinal relativa a la construcción de una teoría unitaria de la accesión, así como la relativa a su naturaleza, ya que el artículo 922 al referirse a los modos de adquirir la propiedad, dice que, entre otros, medios se adquiere la propiedad “por accesión, por especificación, por unión y conmixtión”, y se ocupa de la percepción de los frutos por separado, antes de tratar los modos de adquirir la propiedad, concretamente cuando se refiere a los bienes en general (artículos 820 y 821 del Codice vigente). Es más, en el artículo 820 define el concepto de frutos naturales y de frutos civiles, y en el art. 821 se ocupa de su adquisición. En definitiva, el Código italiano logra la unidad del concepto de accesión, a base de delimitar de su contenido, ciertos supuestos de hecho que en nuestro código se hallan con él involucrados. No se limita a segregar de la accesión los conceptos de especificación y percepción de

Código civil de la República Argentina¹⁰ 1869-1871.

La postura inversa, la ocupan quienes conciben la accesión como una simple facultad que conforma el *dominium* del propietario, extendiéndolo a todo aquello que se une, o incorpora a la cosa principal de forma inseparable. Postura muy difundida en la actualidad y seguida por el Código civil italiano de 1865, el portugués de 1867, austríaco y alemán, entre otros y por gran parte de la doctrina¹¹, sin ánimo de ser exhaustivos MERCADÉ, DEMOLOMBE, RICCI, SÁNCHEZ ROMÁN, SCAEVOLA, VALVERDE, DE DIEGO, TRAVIESAS, TENA Y MARTÍN, ROCA SASTRE, PUIG PEÑA, BIANCHI y MANRESA.

Y en tercer lugar, nos encontramos con quienes profesan una postura ecléctica, según la cual, la accesión continúa, y dentro de ella la accesión industrial inmobiliaria, sería concebida como un modo de adquirir la propiedad, y la discreta un simple derecho dominical. Entre otros¹² se han inclinado por ella el comentarista AZCÁRATE, BRUGI, GIANTURCO, STOLFI y RUGGIERO más recientemente BORREL Y SOLER, ESPÍN CÁNOVAS y O'CALLAGHAN MUÑOZ.

Sentado lo anterior, y ciñéndonos al campo inmobiliario, el problema queda circunscrito, como señala CASTÁN¹³, a la determinación de si la accesión prolonga la

frutos, como hace el Código argentino, sino también el de unión o conmixción (mezcla). Criterio a todas luces acertado, pues creemos que la accesión sólo representaría un concepto verdaderamente unitario, y en cierto modo, la polémica relativa a su naturaleza se desvanecería, si se eliminara de su contenido todo lo relativo a la producción de frutos, a la especificación, unión, conmixción. PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 219.

¹⁰Por obra de DALMACIO VÉLEZ SARFIELD, el Código civil de la República Argentina separa sagazmente la especificación y la percepción de los frutos como medios de adquirir el dominio con la misma jerarquía que el concepto de accesión. Según, su artículo 2524, los medios de adquirir el dominio son: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción. Citado por PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 217.

¹¹Clasificación doctrinal realizada por CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 321. Mantienen esta postura, entre otros: MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 173 y ss., TRAVIESAS, M. M., "Ocupación, accesión y especificación", *RDP*, 1919, pág. 19, DE TENA Y MARTÍN, V., "Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad", en *Información Jurídica*, 1952, págs. 655 y ss., DEMOLOMBE, op. cit., págs. 556 y ss., SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 88. DE DIEGO, op. cit., pág. 369, SCAEVOLA, op. cit. págs. 288 y ss., y ROCA SASTRE, R. M^a, "Ensayo sobre el Derecho de superficie", *RCDI*, N^o. 392-393, Madrid, 1961, pág. 26.

¹²Seguimos la clasificación realizada por CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 321. Defienden esta postura entre otros: BRUGI, op. cit., pág. 107 y ss., DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Vol. I. *Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, 4^a edición, traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, editorial Reus, Madrid, 1929, págs., 603 y ss.

¹³CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 321. En idéntico sentido, CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 76, notas 59, 60 y 61, considera que cuando en la doctrina española se justifica el carácter de *modus acquirendi* concedido a la accesión, no se está discutiendo si la accesión es *causa iuris* de una adquisición, sino si en ella "se continúa una relación de propiedad existente o se crea una nueva relación de propiedad" (MANRESA), o si se trata de "un desdoblamiento o una síntesis de propiedades" (ALBALADEJO). En todos estos planteamientos se trata más bien de saber, si nos encontramos ante la adquisición de una nueva propiedad, que averiguar si la accesión actúa como título de esta adquisición. "Modo de adquisición" —afirma— hace referencia a "forma en que se produce la adquisición", no al título por el que se produce (SCAEVOLA).

relación jurídica de la propiedad del *dominus soli* respecto a la edificación o, por el contrario, se crea una relación jurídica nueva. Planteamiento, que ha constituido el germen de una ardua polémica doctrinal entre dos posturas enfrentadas en el tiempo, a modo de discusión bizantina¹⁴, protagonizando lo que entendemos como “falsa controversia”¹⁵, en cierto modo provocada, como veremos, por la circunstancia de que nuestro Código civil no contiene declaración explícita al respecto¹⁶.

Quienes defienden que la accesión no crea una nueva relación de propiedad, sino una prolongación de la relación jurídica de propiedad del *dominus soli* sobre la edificación, acuden a la idea del “derecho de accesión”, entienden que no puede haber accesión sin propiedad previa¹⁷ y la conciben como un “derecho subjetivo”, integrante del haz de facultades propias del derecho de propiedad,¹⁸ que tendría por objeto la ampliación de la base objetiva del derecho del propietario del suelo respecto de todo aquello que queda unido de forma inseparable al mismo¹⁹. Así, ROCA SASTRE²⁰ considera que “los materiales de construcción pierden su autonomía una vez unidos para formar una edificación, y ésta, en cuanto se halla ligada íntimamente con el suelo por la *inaedificatio*, no adquiere el carácter de autónoma sino que deviene parte integrante de la finca. Puede afirmarse, que en este caso, la adquisición por el *dominus soli* surge a título originario, es decir, por el hecho de haberse construido o edificado en su terreno adquiere la edificación en virtud de la expansión del dominio del suelo a la obra o trabajo productores de una *res nova*. En una palabra, el dominio del suelo absorbe todas las cosas unidas a él”. En esta línea, el profesor TRAVIESAS²¹ considera que “con tener la cosa accesoria (la edificación) se realiza una adquisición; pero es la propiedad antigua” (la del *dominus soli*)²² “la que se expande, por extenderse su objeto”. Más

¹⁴ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 282.

¹⁵ BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1441.

¹⁶ Respecto de la accesión discreta, no nos cabe la menor duda de que lo característico es el dominio preexistente, el cual, por el hecho de la producción de los frutos, se amplía y se extiende a éstos. Pero tratándose de la accesión en sentido técnico, de la accesión por incorporación y dentro de ella, la accesión industrial inmobiliaria, parecen luchar ambos supuestos: el de la existencia de una propiedad preexistente y el de adquisición de una propiedad nueva.

¹⁷ MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 106.

¹⁸ LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 993.

¹⁹ DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 840.

²⁰ ROCA SASTRE, op. cit., pág. 26.

²¹ TRAVIESAS, op. cit., pág. 291, notas. 1 y 2, sigue los pasos de la doctrina italiana, en concreto manifiesta que nuestro artículo 353 C.c. habla de “derecho de accesión”, correspondiéndose con el tenor literal del artículo 446 del Código civil italiano, que plasma la doctrina según la cual la accesión no es un modo de adquirir, sino una de las facultades que pertenecen al propietario. Destaca las palabras de LOMONACO: “lo que la cosa produce o se le une o incorpora, no depende de un nuevo título, de una nueva causa que lo invista de aquel derecho, es el título mismo de propiedad de la cosa principal que sujeta la cosa accesoria al derecho de la misma persona”, *Nozioni di diritto civile*, it. Pág. 259 (3ª ed.), esto mismo entiende VENZI, el cual se adhiere a la doctrina de BIANCHI, para quien, en la accesión, “es el mismo derecho de propiedad de la cosa principal el que somete también la cosa accesoria al derecho de la misma persona, por el principio de que lo accesorio sigue a lo principal”. No comprendía BIANCHI que la accesión fuese modo de adquirir una cosa que jurídicamente desaparece al incorporarse o unirse a otra.

²² Las especificaciones contenidas en el entrecomillado son un añadido de la autora de la presente

recientemente, NÚÑEZ BOLUDA²³ entiende que “en la accesión en las edificaciones nos encontramos ante una facultad del dominio” porque “No hay, pues, en la accesión en las edificaciones, una nueva titularidad, ni un nuevo objeto; es la misma titularidad sobre la cosa principal, que sigue recayendo sobre el mismo y preexistente objeto en su individualidad jurídica, aunque tenga una mayor amplitud física y un posible incremento económico”.

Ahora bien, entiendo que esta postura es susceptible de ser objetada, ya que para la que la accesión sea considerada como un derecho o una facultad del propietario tendría que existir, como defiende DÍEZ PICAZO²⁴, un poder de la persona de provocar una expansión de su propio dominio, ya que un derecho subjetivo o facultad jurídica es por definición, ante todo, una forma de poder jurídico cuyo ejercicio y defensa quedan confiados al arbitrio de la persona. Y en la mayor parte de los supuestos que estamos tratando no se produce esto, porque o bien, se trata de fenómenos puramente naturales y automáticos, en los que la decisión personal no juega ningún papel (aluvión, avulsión, etc.), o bien, tal y como ocurre en la accesión en las edificaciones, se trata de actos en que interviene originariamente la voluntad del hombre, pero ese acto de voluntad no es valorado como ejercicio de un poder, ya que en rigor el edificante en suelo ajeno, o con materiales ajenos, lleva a cabo una intromisión indebida en la esfera de la propiedad de otra persona²⁵, y en consecuencia, es la Ley la que determina los efectos de ese acto jurídico, no coincidentes con lo pretendido por el autor del mismo, y la que confiere la posibilidad de incremento del patrimonio de uno sólo de los titulares en conflicto, el *dominus soli*. Es más, cuando se le atribuye al interesado un poder de decisión sobre la situación jurídica creada, esa facultad tiene un contenido muy diverso: hacer suya la obra, destruirla, optar por ser indemnizado, o rechazarla y forzar una compraventa, etc.

El segundo camino emprendido por la doctrina para explicar la naturaleza de la accesión, lo encontramos en su consideración como modo de adquirir la propiedad²⁶.

tesis doctoral, a modo de aclaración o concreción de ideas.

²³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 65.

²⁴DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 840.

²⁵Para NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 66, existe un acto voluntario de quien edifica, pero este hecho voluntario es un acto jurídico al que la ley apareja una serie de efectos, no siempre coincidentes con los queridos por el autor del acto. NÚÑEZ BOLUDA, ubica la accesión fuera del ámbito de los negocios jurídicos, porque en el acto de edificar no existe declaración de voluntad dirigida a producir el efecto jurídico querido, mucho menos se trata de un negocio jurídico bilateral, pues si hay concierto previo de voluntades, estamos fuera del campo de la accesión, estaremos ante la figura jurídica pretendida por los interesados. Considera que dentro de la categoría de los actos jurídicos, la accesión puede formar parte de los “actos reales” (término cuya paternidad es atribuida a CASTÁN), entendidos como actos lícitos que producen un resultado no estrictamente jurídico pero respecto al cual el derecho deriva consecuencias jurídicas. Dice que ENNECERUS y sus anotadores Pérez González y Alguer también incluyen la edificación, la plantación y la siembra en la categoría de “actos reales”, pero entiende la autora que es dudoso hacer esta calificación porque los actos reales deben ser siempre actos lícitos, y la licitud de quien edifica y provoca los resultados de la accesión o no existe o depende de que se actúe con buena fe.

²⁶VÁZQUEZ BARROS, S., “La accesión”, <http://vlex.com/vid/accesion-80525465>. (16-10-2014), y “La accesión como modo de adquirir la propiedad”, *Revista de Derecho*, Nº 65, 2009.

Arranca en el Derecho romano, donde la accesión era considerada como uno de los modos originarios de adquirir *secundum quid*. Quienes la defienden entienden, que la accesión supone, ante todo, una adquisición de un nuevo derecho de propiedad sobre el todo que resulta tras la unión inseparable de dos cosas, una accesoria —edificación— y otra principal —*el solum*—, fundamentándose tal adquisición en el poder absorbente o expansivo de la propiedad²⁷. Así las cosas, el dominio sobre una cosa (normalmente un fundo), no permitiría la coexistencia de un concurrente dominio de otra persona sobre la misma cosa o parte de ella. Y la propiedad (de la cosa principal), según PASQUALI²⁸, atraería a su órbita a la cosa de otro (la cosa accesoria), realizando una verdadera y propia expropiación. Según esta idea, la accesión sería un modo unitario de adquirir la propiedad, es decir, un hecho determinante de la adquisición por el dueño de una cosa considerada como principal de todo aquello que viene a unirse o a incorporarse a esta cosa de una manera inseparable²⁹.

Sin embargo, respecto a la postura adoptada por nuestro Código civil, la cuestión resulta dudosa³⁰ pues guarda silencio al respecto, a diferencia de lo que ocurre con los ordenamientos autonómicos. Así, de un lado, la Compilación de Navarra incluye, expresamente, la accesión como uno de los modos de adquirir la propiedad cuando manifiesta en su Ley 355 “La propiedad de las cosas se adquiere... por hacerse una cosa accesoria de otra principal”, y de otro, el reciente Código catalán cuyo legislador impide la existencia del menor género de duda respecto de si ha de considerarse a la accesión como un modo más de adquirir la propiedad, cuando en su artículo 542-1 dispone que “la propiedad atribuye el derecho de adquirir, por accesión, lo que se le une, con la obligación de pagar, si procede, la indemnización que corresponda”, e insiste en esta idea, en el Preámbulo de la Ley, concretamente, en el apartado relativo a la estructura y dentro del párrafo que hace referencia al Título III, sobre adquisición y extinción del derecho real, dispone: “también regula la donación, a la que reconoce la consideración de título de adquisición, junto con la sucesión, el contrato, la ocupación, la accesión y la usucapión”³¹.

Por el contrario, el Código civil, en el artículo 609, no menciona entre los modos de adquirir la propiedad a la accesión, y el artículo 353 C.c. parece configurarla como una prolongación del derecho de propiedad³², lo que ha dado pábulo a la controversia doctrinal aludida, y a que sea considerada por un sector doctrinal como facultad del dominio y no como modo de adquirir la propiedad. En puridad, que no sea expresamente contemplada por el artículo 609 C.c., no parece que sea un argumento fuerte, ya que es conocido por todos que nuestro Código civil no es especialmente técnico en su sistemática, ni preciso a la hora de enumerar los modos de adquirir o extinguir de-

²⁷FEMENÍA LÓPEZ, op.cit., pág. 2955.

²⁸PASQUALI, op. cit., págs. 286 para la accesión en general y 290 para la unión de cosa mueble a inmueble.

²⁹DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 838.

³⁰BONET BONET, F.V., “Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo”, *RGLJ*, T. 231, 1971, págs. 103 y ss.

³¹PEÑASCO VELASCO, *De la accesión codificada...*, op. cit., pág. 70.

³²RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3873.

rechos, y no es una excepción el artículo 609 C.c., ya que recoge una enumeración no exhaustiva³³, porque contiene formas no auténticas de adquisición dominical y olvida otras reconocidas por doctrina y jurisprudencia (v. gr. adquisición a *non domino*). En cuanto a las razones tenidas en cuenta por nuestro legislador para no incluir la accesión expresamente como modalidad adquisitiva en su artículo 609 C.c., han podido ser varias, hay razones históricas, pues en algún pasaje del Digesto se vio a la accesión como modo de ocupación (D.12.6.33), también está la influencia de POTHIER y del Code en el proceso codificador español, donde destaca la falta de unidad de las hipótesis subsumidas bajo la figura de la accesión (v. gr. especificación, mezcla, avulsión. . .) o quizá, ha pesado en el legislador la cara extintiva de la accesión, ya que el titular de la cosa accesoria pierde su derecho de propiedad³⁴.

No obstante lo anterior, los tratadistas sostienen que la accesión en el Código civil es concebida como un modo de adquirir la propiedad pese a su omisión en el artículo 609, y recurren para su justificación a las palabras vertidas por GARCÍA GOYENA en sus comentarios al Proyecto de 1851, donde la accesión figura en el Libro segundo, como derecho de propiedad (artículo 396 y ss.), y en el que de modo análogo al Código vigente, cuando enumera los modos de adquirir la propiedad, omite la accesión. GARCÍA GOYENA cuando comenta el artículo 396 dice que “la accesión es uno de los modos de adquirir la propiedad, bien sea continua, o por incorporación de una cosa ajena a la nuestra, bien sea discreta, por ser la cosa producto de otra nuestra, aunque existan separadas” y respecto al artículo 548 con el que se inicia el Libro Tercero, rubricado *de los modos de adquirir la propiedad*, justifica que en tal artículo no se nombre la accesión, porque su regulación está hecha y agotada en el Libro Segundo, al tratar la propiedad y concluye que nombrarla sería repetir, “y yo no sé si esto es conforme a la claridad de las ideas y a la exacta división de las materias”³⁵. Para GARCÍA GOYENA, la accesión sería un modo de adquirir originario³⁶, y dentro de los *originarios* la ubica en la subespecie *secundum quid*, referida a la adquisición de una cosa en razón de

³³El fin del artículo 609 C.c. es dejar claro, desde un principio, la permanencia en nuestro sistema de la teoría del título y el modo en la adquisición de los derechos reales frente al intento del artículo 981 del Proyecto de 1851 de introducir como novedad, por influencia francesa, el sistema consensualista.

³⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 283.

³⁵Es de gran interés lo que dijo GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T II, 1852, editorial Maxtor, edición 2010, Valladolid, art. 548, pág. 1, para llegar a esta conclusión cuando comenta el artículo 548 del Proyecto de 1851: «La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción”. 711 y 712 Franceses, que mencionan también la accesión o incorporación; 602 y 605 Napolitanos, 680 y 681 Sardos, 501 y 502 de Vaud; el 806 de La Lusiana añade “y por otra ley”. El 639 Holandés dice “La propiedad de las cosas no puede ser adquirida sino por apropiación, incorporación, prescripción, sucesión legal o testamentaria, y tradición o entrega acompañada de un título de transmisión de propiedad emanada del propietario”. De todos estos Códigos, el mas consecuente a mi entender es el Holandés, pues pone su mencionado artículo al tratar de la propiedad en el libro 2, y habla en seguida de los medios de adquirirla por ocupación, accesión, etc. Los otros en su respectivo libro 2 no tratan de los medios o los modos de adquirirla, y sin embargo apuran toda la materia de la accesión. Así es, que al encabezar su libro 3, como lo está el nuestro, tienen que enumerar entre los modos de adquirir la accesión o incorporación que ya está agotada en el número 2 y yo no sé si esto es conforme a la claridad de las ideas y a la exacta división de las materias».

³⁶GARCÍA GOYENA, op. cit., pag. 2.

otra que nos pertenece, por contraposición a los *simpliciter* que recaen sobre las *res nullius*. Así de simple, afirma CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, para el que “hasta tal punto la accesión es modo de adquirir el dominio, que bien pudiera considerarse no obviada en el artículo 609 C.c. sino sólo contenida en su más genérica referencia a —la ley— como modo de adquirir la propiedad. Como efecto natural del *accessorium sequitur principale* bien pudiera considerarse que la accesión es un modo de adquirir el dominio *ex lege*” y en apoyo de su postura argumenta que así lo defienden en Francia CARBONNIER³⁷ y COLIN Y CAPITANT³⁸ y refiere además, que el Code en su artículo 712 (equivalente a nuestro 609) la menciona expresamente³⁹.

A esta segunda postura doctrinal se le ha objetado por DÍEZ PICAZO⁴⁰, que abunda en la línea de pensamiento marcada por SCAEVOLA⁴¹, que aunque en la accesión se realiza normalmente una adquisición de la propiedad, esa adquisición no es nunca la médula de la accesión, de la situación jurídica tenida en cuenta por la norma sino el resultado final de ella, la vía de solución al conflicto de intereses. Este autor pone en evidencia que así como en la ocupación y en la tradición, la adquisición de la propiedad es el centro de gravedad de toda situación jurídica, tanto desde el punto de vista mecánico como desde el funcional, en la accesión esto no ocurre así, y en ella la adquisición de la propiedad deviene por vía indirecta como resultado final, como vía de solución del conflicto planteado. CARRASCO PERERA⁴² comparte plenamente esta idea y da una vuelta de tuerca cuando aduce que la accesión por sí sola no constituye fundamento suficiente para crear vínculos jurídicos, a diferencia de la prescripción, o de la ocupación, donde el punto de vista medular, mecánica y funcionalmente es la adquisición. Para este autor, la accesión se incardina en figuras jurídicas más complejas en las que no desempeña papel adquisitivo alguno. Afirma, que cuando el artículo 497

³⁷CARBONNIER, op. cit., págs. 266 y 268.

³⁸COLIN y CAPITANT, op. cit., págs. 974 y ss.

³⁹Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 295, nota. 7, podría incluso pensarse en la automaticidad al operar por obra inmediata de la ley, *ex lege* u *ope legis*.

⁴⁰DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 839.

⁴¹SCAEVOLA, op. cit., págs. 263 y 264, afirma, que el derecho de accesión sin el de propiedad no constituye por sí solo fundamento suficiente para crear vínculos jurídicos. La ocupación, por sí sola da a una persona el título de dueño. La sucesión, del propio modo hace entrar al heredero o legatario en posesión de su cuota hereditaria sin más que la declaración testamentaria o judicial. Idéntica razón podemos aplicar a la adquisición por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (título y modo). Pero esto, según el autor no ocurre en la accesión ya que el que adquiere por accesión es antes propietario de la cosa en la que se manifiestan mejoras o se perciben frutos. Afirma, que la misma definición de accesión en las Instituciones de Justiniano proporciona argumentos para llegar a esa conclusión “*accessio est: ius adquirendi, quod rei nostrae adjungitur incrementum*”. Pues bien, este incremento lo adquirimos en atención a la cosa que ya poseemos; él constituye el elemento accesorio, que debe subordinarse en todo al principal; si esa cosa, por tanto, es ya nuestra y mediante la accesión nos hacemos dueños de sus incrementos, eso será una consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad, una extensión o ampliación del dominio, y no un hecho independiente que por sí solo subsista.

⁴²CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 77. Este autor considera que lo regulado en los artículos 358 y ss. C.c. relativos a la accesión inmobiliaria industrial, son aspectos concretos de la liquidación de los estados posesorios. Se parte de que toda obra o edificación sería una *mejora*, y como tal debería ser liquidada de conformidad a lo previsto en los artículos 451 y ss. C.c.; de ahí la evidente remisión del artículo 361 C.c. a los artículos 453 y 454 C.c. en sede posesoria.

C.c., dice “el usufructuario tendrá el derecho a disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada”, no está suponiendo que la accesión sea un modo de adquirir en beneficio del usufructuario, sino que remite a una consideración mecánica del término como aumento, o resultado de ese aumento, fenómeno mecánico para el que el derecho de usufructo actúa como auténtico título de derecho para la extensión del ámbito de goce. Y otro tanto, añade este autor, puede decirse del artículo 1632 C.c., referido al enfiteuta, y del artículo 109 de la Ley Hipotecaria en lo que atañe a la extensión de la hipoteca.

No obstante lo anterior, estas ideas no las podemos compartir y, con idéntico criterio al señalado por ALONSO PÉREZ⁴³, consideramos la accesión tan medularmente adquisitiva como otros de los modos señalados por el artículo 609 C.c., como pueden ser, a modo meramente ejemplificativo, los antes señalados por DÍEZ PICAZO, la tradición y la ocupación. Todos tienden a solventar conflictos de intereses, a ofrecer una solución. La tradición, entre *tradens* y *accipiens*, centrando la bondad del fenómeno adquisitivo en la *justa causa traditionis* (sea causal o abstracta); la ocupación, pone fin a la *derelictio* o a la condición de *res nullius*, pues el interés general no permite que tal situación se prolongue en el tiempo. La accesión resuelve el conflicto planteado entre el propietario de la cosa principal y el dueño de la accesoria, el primero adquiere sin más la cosa accesoria, una vez consumada la unión irreversible, título, causa justa suficiente en Derecho, para fundamentar la expansión dominical. Y es que a diferencia de otros mecanismos adquisitivos (la usucapión, la tradición, etc.), la accesión, igual que sucede con otros (como la ocupación), siempre se ha estimado como un modo de adquirir el dominio que deriva del Derecho Natural, de la Naturaleza, y esa universalidad, se explica por la regla también lógica y natural de la accesoriedad en que se funda: *accessorium sequitur principale*. Es pura ley natural o física, es casi la ley del más fuerte, esto es, la cosa que puede existir independientemente es la cosa principal, que ejerce hacia la accesoria una fuerza atractiva (una *vi ac potestate rei nostrae*) que la hace dependiente de ella, adquiriéndose *iure accessionis*, no por derecho —o poder de goce— propio, pues se trata de una cosa que antes de la accesión pertenecía a otra persona⁴⁴.

Ahora bien, resulta absolutamente necesario advertir que en materia de accesión nos encontramos ante un fenómeno complejo, la perspectiva adquisitiva sólo es una de las dos caras de la moneda⁴⁵. A diferencia de lo que ocurre en los otros modos

⁴³ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 283 y 284. La postura de CARRASCO PERERA es duramente criticada por ALONSO PÉREZ a lo largo de sus comentarios, concretamente, al hilo de tratamiento de la naturaleza de la accesión afirma que “señalar como hace A. Carrasco que la accesión por sí sola no constituye fundamento suficiente para crear vínculos jurídicos, o que la adquisición de la propiedad es un resultado posible en el fenómeno de la accesión, pero no constituye la sustancia del mismo, es desconocer una realidad jurídica ineluctable: que en ciertas situaciones por pacto o por determinación legal no se produzca la adquisición dominical, o se confundan con accesión situaciones que no lo son, no invalida una tradición muy consolidada, derivada de las fuentes romanas, que hace de la figura una forma prototípica de convertirse en titular de un derecho real”. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 278, nota 9.

⁴⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 117.

⁴⁵ BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1442, destaca que en materia de accesión, la per-

de adquirir (dejando a salvo la prescripción adquisitiva), la accesión lleva aparejado un efecto expropiatorio⁴⁶, la extinción de la propiedad sobre la cosa accesorio, y por tanto, un empobrecimiento de su propietario, lo que provoca, además, la necesidad de acudir a un terreno distinto del adquisitivo, cual es la determinación de sus consecuencias jurídico-obligacionales, donde en primer plano luce con claridad la regla de la restitución del enriquecimiento injusto con la importante característica de que, en sede de accesión, la buena fe no exime de la restitución del valor de lo accesorio.

No es posible, por tanto, invocar los artículos 409, 1632 C.c. y 109 de la Ley Hipotecaria para invalidar la accesión como modo de adquirir la propiedad, precisamente, porque estos preceptos nos prueban con lógica impecable la tesis adquisitiva. El usufructuario, el enfiteuta, o el acreedor hipotecario disfrutan o realizan su derecho real limitado en mayor extensión que la inicialmente concedida, precisamente porque el *dominus*, ya sea propietario, dueño directo o propietario deudor, ha experimentado en su propiedad un aumento, la incorporación física o económicamente irreversible de la cosa accesorio, esto es, el usufructuario, el enfiteuta o el acreedor hipotecario se limitan a disfrutar de una propiedad ampliada por accesión. Por ello, es necesario dejar desde un principio claro, que la accesión opera tan sólo respecto al derecho de propiedad⁴⁷, aunque extiende sus efectos o consecuencias a otros derechos reales o personales⁴⁸.

Sentado lo anterior, queda clara la postura que defendemos y no vamos a extendernos más en una polémica sobre la que tan prestigiosos juristas no han logrado ponerse de acuerdo, y que ha sido calificada de discusión bizantina⁴⁹, u ociosa⁵⁰ por su falta de consecuencias, ya que como modo de adquirir la propiedad, o como expansión del dominio de la cosa principal, siempre late, en el mismo concepto de accesión, la adquisición del dominio y, sin atribución de la propiedad, no hay accesión⁵¹. Así, nos

pectiva adquisitiva es sólo una cara de un supuesto de hecho complejo en el que la adquisición se produce necesariamente a costa de la propiedad de otro, lo que plantea si se debe reconocer a éste un derecho de crédito como compensación por su pérdida. La accesión conlleva un mecanismo adquisitivo y el nacimiento de una obligación restitutoria. Además, para este autor la afirmación de que la accesión es un modo de adquirir la propiedad es quedarse a medias; la clave está en saber, ante un supuesto concreto de accesión con sus elementos relevantes, si el Código atribuye directamente la propiedad del resultado final o si ofrece a uno de los implicados la posibilidad de hacerlo, y en su caso, a cambio de qué. Como autor crítico al *superficies solo cedit*, entiende como elementos integrantes de la accesión y relevantes para la determinación de la atribución de la propiedad: el valor de los bienes y del resultado, la buena o mala fe de los intervinientes, y la obtención o imposición de enriquecimiento

⁴⁶PASQUALI, op. cit., pág. 286.

⁴⁷FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 2957, considera que la accesión y las consecuencias e indemnizaciones que de ella derivan, presuponen el dominio del accedente, así lo deja sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha establecido en reiteradas ocasiones que para dar nacimiento a la accesión debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma. En tal sentido las SSTs de 28 de mayo de 1904 (JC, 86), de 27 de abril de 1983 (RJ 1983/2129), 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8055), y 12 de junio de 2008 (RJ 2008/3218).

⁴⁸ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 375.

⁴⁹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 282.

⁵⁰LACRUZ BERDEJO, op. cit., págs. 131 y ss.

⁵¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 60.

encontramos autores de la talla de DÍEZ PICAZO⁵², que corta de raíz la polémica, el cual, entiende que no es posible construir desde un punto de vista conceptual una teoría unitaria de la accesión como modo de adquirir la propiedad o como una facultad derivada del derecho de dominio y de forma tajante concluye *que nos encontraríamos con una serie de fenómenos que comportan modificaciones o vicisitudes en la composición o contextura de las cosas, y consecuentemente en las relaciones jurídico-reales que se dan sobre ellas*. También hay autores como ALBALADEJO⁵³ que han optado por no participar en el enfrentamiento, éste autor considera “superada la vieja y bizantina polémica”, y no duda en ver la accesión en sus dos formas, tanto como un modo de adquirir, cuanto una facultad del dominio.

Esta última, parece ser la postura adoptada por nuestro Tribunal Supremo que no ha considerado necesario definirse en este punto⁵⁴, sino al contrario, ha acogido ambas posturas doctrinales en cuanto conducen a un mismo resultado jurídico cual es, la adquisición de la propiedad, siempre y cuando concurren los elementos constitutivos de la figura. Si hacemos un breve recorrido jurisprudencial vemos como en la sentencia de 22 de marzo de 1963⁵⁵, rechaza el criterio del recurrente que pretendía que unos productos minerales depositados por el titular de una concesión sobre el terreno, se estimasen incorporados al mismo por accesión, y declara que la accesión “integra un modo de adquirir o el ejercicio de una facultad extensiva dominical, cuyo uso presupone que la cosa que se pretende adquirir por este medio se halla unida al terreno por obra de la naturaleza o del hombre”. En la Sentencia de 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858), no da relevancia alguna a la naturaleza jurídica de la accesión y considera que ya sea considerada la accesión “como una facultad del dominio, un modo de adquirir éste, o incluso cual inherencia de la propiedad. . . lo cierto es que la figura lleva consigo generalmente una pugna de intereses”, conflicto que los tribunales han de resolver. Más recientemente, en la STS de 28 de febrero 2007 (RJ 2007/1627), el TS se decanta por la accesión como modo de adquirir la propiedad⁵⁶. Resuelve un supuesto de hecho en el que el actor formuló demanda en la que interesó que se declarase la posesión de mala fe y sin título de los demandados, así como su reintegración con todas las instalaciones en la finca existentes. Pretensiones a las que se opuso la demandada, mediante reconvencción interesando la declaración del pleno dominio de la finca y de la bodega construida sobre la misma, obtenido por accesión invertida. Pretensión esta última rechazada en todas las instancias y respecto a la que el TS manifiesta lo siguiente: “En efecto no cabe hablar de accesión invertida cuando, como ocurre en el caso, se produce

⁵²DÍEZ PICAZO, “La modificación. . .”, op. cit., pág. 833.

⁵³ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, págs. 278 y 279.

⁵⁴Para SERRANO ALONSO E., “La accesión de bien mueble a inmueble. Una interpretación del artículo 361 del Código civil”, *RDP*, 1981, pág. 673 y ss., la jurisprudencia ha tratado de evitar el pronunciamiento acerca de la naturaleza jurídica de la accesión aunque observa que parece desprenderse de las resoluciones una tendencia dominante en la línea de regulación del Código civil, es decir, como derecho o facultad del propietario.

⁵⁵Citada por NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 63 y 64.

⁵⁶En idéntico sentido concibe la accesión, como modo de adquirir la propiedad, la STS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715).

la construcción íntegramente sobre terreno ajeno, supuesto en el que rige en general el principio *superficies solo cedit* establecido en el artículo 358 C.c., según el cual, lo edificado en terreno ajeno pertenece, en principio, por accesión al dueño de este último «con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes», entre los que se encuentra el 361 que, excepcionalmente, sólo en el caso de buena fe del que edificare sobre suelo ajeno, establece un derecho de opción a favor del titular del terreno para hacer suya la obra previa indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno”.

3.2. Carácter automático o diferido del efecto adquisitivo de la accesión

Mientras el artículo 358 C.c., dispone de manera clara, en su comienzo, que lo edificado *pertenece* al dueño del suelo. En su parte final, establece una sujeción a lo dispuesto en los artículos siguientes; y éstos son, el artículo 353 C.c., que ya no habla de que pertenezca al dueño del suelo todo lo que a él se una sino que la propiedad del suelo *da derecho* a ello, y sobre todo, el artículo 361 C.c., que dispone que el propietario del suelo *tendrá derecho a hacer suya la obra...previa indemnización o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el valor del terreno*, ¿qué significado y alcance tiene esta terminología?⁵⁷.

Para la tesis mayoritaria⁵⁸, amparada por nuestra doctrina más prestigiosa⁵⁹ se de-

⁵⁷SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 143.

⁵⁸Advierte CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 292, que la doctrina mayoritaria no se limita a confrontar únicamente el artículo 361 C.c. con aquella norma introductoria, el artículo 353 C.c., también compara su letra con la de otras normas como los artículos 366 y 370 C.c., sobre accesión mobiliaria, el 360 C.c., sobre accesión por incorporación de material ajeno en suelo propio, o los artículos 362 y 363 C.c., que regulan la hipótesis del 361 referida a supuestos de mala fe. En todas estas normas la doctrina es casi unánime, dejando a salvo la opinión de CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 217 a 236, y considera que la accesión sí que opera automáticamente, pues en ninguna de ellas se habla de opción alguna, ni se exige el previo pago de indemnización que la condicione. Como he adelantado la única voz discordante respecto a la automaticidad de la adquisición de la propiedad en los supuestos indicados la constituye CARRASCO PERERA que tanto para el supuesto contemplado en el artículo 360 C.c. como en el artículo 361 C.c., supedita al pago la adquisición de la propiedad por accesión: “sólo se adquiere por accesión lo que se paga por accesión” concluye.

⁵⁹NAVARRO AMANDI, citado por SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 142, estimaba que en virtud del artículo 361 C.c. la accesión quedaba reducida al derecho de hacer suya la obra que tiene el dueño del suelo previa indemnización, “hay que afirmar la propiedad del que edificó o plantó, lo mismo que la propiedad del suelo...”; VALVERDE es citado por CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 66; MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 178, sin detenerse demasiado en la cuestión plantea una serie de interrogantes que a juicio de SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág., 142, demuestran una no muy clara comprensión de la cuestión. Se cuestiona: “El artículo 361 dice que el dueño del terreno puede hacer suya la obra, plantación o siembra; luego no es suya inmediatamente, no es suya todavía. ¿De quién es entonces? ¿De quién puede reclamar el dueño? Sin duda del tercero porque del tercero es y para que ese tercer deje de ser dueño hay que indemnizarle, en una forma u otra según haya obrado de buena o de mala fe”; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus notas a WOLFF, distinguen la edificación hecha de mala fe, en cuyo

duce de tales expresiones, esto es, del “da derecho” del art. 353 C.c., y sobre todo del dos veces citado derecho “a” del art. 361⁶⁰, que la adquisición de la propiedad está “doblemente condicionada”⁶¹, primero, a que la opción contenida en el precepto sea elegida por el *dominus soli* invadido y, segundo, al pago de lo accedido, esto es, de la obra, si se ha elegido la primera opción del 361 C.c., o del terreno invadido si el *dominus soli* ha optado por la segunda y última de sus opciones.

Es más, han sido las palabras de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ⁶², las que han otorgado el máximo valor e impulso a esta interpretación mayoritaria, cuando asevera que “la locución de *hacer suya la obra* es incorrecta, y después de las palabras *tendrá derecho*, acusa una accesión en expectativa, más que una accesión consumada”⁶³.

Posición, además aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 2 de enero de 1928 (JC, 1)⁶⁴, en la que se declara que, incluido el caso discutido en el artículo 361 C.c., no puede estimarse que lo edificado de buena fe, en predio ajeno, pase a la propiedad de éste si no media previamente la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 C.c., *lo cual, interpretado no sólo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que lo informa, conduce a estimar que mientras*

caso el dueño del terreno adquiere *ipso iure* la propiedad de lo edificado, y la de buena fe, en la cual la adquisición no es *ipso iure*, sino que puede ejercitar una opción. ENNECERUS, op. cit., págs. 428 a 431. CASTÁN TOBEÑAS, op. cit. págs. 329; MANRESA Y NAVARRO, op. cit. pág. 173 y ss., SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 147, GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 173.

⁶⁰Para NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 117, la discusión doctrinal se centra en los casos de edificante de buena fe, a propósito del artículo 361 C.c., cuando se edifica en terreno ajeno con buena fe, pero nada impide entender aplicable los argumentos vertidos a los casos de edificante de mala fe, ya que ésta última circunstancia no obsta al efecto jurídico-real cual es la atribución de la propiedad, sino a los efectos jurídico-obligacionales como lo es la responsabilidad del pago por el valor de los materiales empleados.

⁶¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 290.

⁶²GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., “El derecho real de superficie”, *Conferencias pronunciadas en los días 21 y 28 de enero y 8 de febrero de 1922*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1922, págs. 84 y 85, nos advierte en su obra que una frase idéntica a la de nuestro Código existió en el Código nacional prusiano (arts. 327-331, I, 9), según el cual el propietario del suelo tenía la triple opción de hacer suya la obra, reclamar la demolición o dejarla con el suelo al edificante. Y al ser interpretada la norma por GRUCHOT, KOCH, FÖRSTER y ECCIUS sostenían que había falta de precisión en la ley, tomando un término jurídico en su sentido económico jurídico, y que el dueño del suelo adquiriría la edificación.

⁶³Aunque más tarde reconoce que dentro del artículo 361 C.c. no caben los casos de propiedad de edificio separada de la del suelo. GONZÁLEZ, op. cit., 86.

⁶⁴El supuesto de hecho resuelto es el de un arrendatario que había edificado un pabellón sobre un terreno del arrendador-actor. En idéntico sentido, la STS de 15 de octubre de 1962 (RJ 1962/3870). La idea de buena fe que preside esta sentencia, no va referida a la ignorancia de que se edifica en terreno ajeno, pues el edificante en su condición de arrendatario tenía pleno conocimiento de la ajenez del terreno, sino a la idea ética de buena fe como que el actuar es de conformidad a los principios morales imperantes, lo que jurídicamente se traduce en una ignorancia de que se lesiona el derecho de otra persona. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 368. DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 303, añade que el derecho de opción que confiere el artículo 361 C.c., no sólo es de aplicación cuando la nueva construcción o edificación se emplace sobre propiedad ajena sino también cuando no resulte directamente emplazada sobre el suelo, como así ocurre en la STS de 15 de octubre de 1972, que resuelve un supuesto en donde el constructor-demandante, con autorización de los propietarios de una casa había construido una nueva planta.

*esa indemnización no tenga efecto no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado y está en el caso de optar por adquirirlo mediante esa indemnización o por obligar al que construyó o al que de él traiga su causa a pagarle el precio del terreno ocupado*⁶⁵.

Son, por tanto, criterio jurisprudencial y doctrina mayoritaria coincidentes en la idea de que el propietario del terreno tiene a su favor un derecho potestativo o de

⁶⁵Pensamiento jurisprudencial constante en otras muchas sentencias posteriores como las STSS de 12 de mayo de 1930 (JC, 113), 23 de marzo de 1943 (RJ 1943/405), 18 de marzo de 1948 (RJ 1948/467) (emblemática como la primera de 1928 en esta sede), 17 de diciembre de 1957 (RJ 1958/535) y 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960/3782), que copiarán su afirmación, añadiendo ésta última “que la edificación en terreno ajeno no provoca, en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial, sino mediante la opción previa determinada en el artículo 361”, de 17 de junio de 1971 (RJ 1971/3250), 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/2132), 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117), 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012). En idéntico sentido la STS de 17 de diciembre de 1987, secundada por otras posteriores como la STS de 22 de junio de 1993 (RJ 1993/6275) y de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/547) que concluyen como aquella “ha de mantenerse la doctrina uniforme sobre la materia con relación al art. 361 C.c. y por ende ha de proclamarse que esta disposición legal no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno”. También rechazan la automaticidad de la accesión las SSTS de 18 de marzo de 1948 (RJ 1948/467), de 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759), de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715) que afirma: «La doctrina jurídica dominante emanada en torno a la interpretación del precepto 361 del Código civil, viene sosteniendo de manera uniforme que esta disposición legal no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a quien simplemente se concede un derecho potestativo consistente en optar “por hacer suya la obra” o, “obligar al constructor a la adquisición del terreno. . . sin que hasta que la indemnización se haya producido, pueda el propietario del suelo ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con relación a las construcciones levantadas sobre su terreno”». También hacen referencia al derecho de opción las STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261) que reconoce que el edificante aún conserva el dominio sobre el edificio y que en el caso de autos pervive la hipoteca en garantía de dicha construcción; vid. también, las STSS de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6275), 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240), y 6 de febrero y 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/626 y 2006/8227 respectivamente). Doctrina jurisprudencial recogida en la SAP de León de 18 de octubre de 2012 (JUR 2012/370541), donde ejercitada por el actor la acción declarativa de dominio, a la que se acumula la petición de reintegración posesoria y remoción de la finca a su estado original con la retirada de la construcción, el demandado reconveniente y constructor de un chiringuito opone su derecho a poseer la finca en virtud de autorización del anterior propietario. La Audiencia entiende que “La jurisprudencia del TS es pacífica y unidireccional en el sentido que mientras no se abone la indemnización de la que habla el precepto (artículo 361 CC) el dueño del terreno no tiene el dominio de lo edificado, mientras quién edificó de buena fe tiene y mantiene el derecho de retención que establece el artículo 1453 CC, configurándose así, un dominio separado del incorporante previo al ejercicio al ejercicio de acción por el *dominus soli*, visión mayoritaria denominada Teoría del dominio separado, si bien existe la teoría minoritaria denominada de la accesión automática según la cual lo edificado en suelo ajeno pertenece al propietario de éste desde el momento mismo en que tiene lugar la unión o incorporación debiendo entenderse que la indemnización previa del artículo 361 C.c. como resarcimiento o compensación por la accesión producida y no verdadero precio que sirva para adquirir la propiedad, sería tan sólo una compensación referida a la posesión, según invocación expresa de los artículos 453 y 454 del CC, que ajustaría el desequilibrio patrimonial que la accesión produce. Incluso para esta teoría la indemnización sería determinante para la transmisión posesoria de lo incorporado al *dominus soli*, pues el que construye conserva la posesión y la prolonga indefinidamente (derecho de retención) mientras no se le abonen como acreedor los gastos de conservación, mejoras etc. por parte del *dominus soli*”.

configuración jurídica⁶⁶, esto es, un poder para decidir mediante un acto de su voluntad la situación jurídica final del fundo⁶⁷, pero, en tanto en cuanto, ese poder jurídico del *dominus soli* no sea ejercitado, nos encontraremos como advierte DÍEZ PICAZO⁶⁸, ante una situación interina o intermedia de perfiles muy borrosos⁶⁹, un periodo de tiempo en el que habría que admitir que desde que se hace la obra, hasta que ésta se paga, nadie ostenta la propiedad del edificio⁷⁰ siendo éste *res nullius*, o habrá de pertecer a otra persona⁷¹.

Es ALONSO PÉREZ⁷², quien se detiene en el análisis detallado de las consecuencias jurídicas derivadas de ésta teoría de la accesión diferida:

1. Mientras no se ejercite la opción que al dueño del terreno se concede, ni el *dominus soli* ni el edificante gozan de la situación de plenitud jurídica que permita el ejercicio de la acción reivindicatoria⁷³. El Tribunal Supremo en la práctica unanimitad de sus sentencias es claro en éste extremo, y así lo establece la STS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715), respecto del artículo 361 manifiesta que “no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a

⁶⁶DÍEZ SOTO, C., *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10663, define la opción como derecho potestativo, en virtud del cual un sujeto, el optante, se reserva, durante un plazo determinado, la facultad de adquirir un bien derecho perteneciente a otro por el precio y condiciones pactadas.

⁶⁷Derecho potestativo que permitirá al *dominus soli* optar entre hacer suya la obra u obligar al constructor a adquirir el terreno. DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301.

⁶⁸DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 302.

⁶⁹En idénticos términos ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 369.

⁷⁰Como afirma CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, esta postura implica que el edificante únicamente ostenta la posesión de la obra que ha ejecutado y el *dominus soli* una expectativa jurídico-real de adquisición del edificio levantado en su propiedad. Como advierte CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, con esta interpretación se huye de los fantasmas del dominio dividido, o el de la superficie o copropiedad, pero advierte que si durante ese periodo de pendencia entre unión y pago, nadie es dueño de lo edificado, siendo sólo su poseedor quien lo construyó ¿cómo es posible poseer y retener algo de nadie sin ocuparlo? (habla de ocupación en sentido técnico). Más aquí surge también *ipso facto* otra interrogante porque si no hay dueño actual, a lo más sólo potencialmente, ¿es el edificio *res nullius*?, o al ser inmueble vacante no cabe adquirirlo por ocupación debiéndose, sin embargo, entender que automáticamente *es del Estado por aplicación del artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado ¿Cabría, entonces, su usucapión por el constructor no dueño al amparo del artículo 25.2 de dicha Ley?*. Considera este autor que todas estas cuestiones llevan a la *reductio ad absurdum* a la tesis aludida, que provoca una gran inseguridad pues antes de resolver problemas los crea. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 317 y 318.

⁷¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 144.

⁷²ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 373.

⁷³LLAMAS POMBO, E., *Acciones civiles*, T. IV., *Derechos reales. Derecho inmobiliario*, La Ley, 2013, pág. 381 y ss. Acción que parece unida a la idea de la identificación de la cosa, lo que condiciona el derecho de persecución de la misma, y también a la idea de que el derecho de propiedad y reivindicación iban siempre unidos. De tal forma que no puede reivindicar quien no sea considerado propietario históricamente. Deben acreditarse por tanto, el dominio del actor, la plena identidad de la cosa reivindicada y la detentación o posesión por parte del demandado. También en GARCÍA GIL, F. J., *La protección del dominio y de la posesión. Tratamiento jurisprudencial*, Edisofer, Madrid, 1997, pág. 217 y ss.

quien simplemente le concede un derecho potestativo consistente en optar por hacer suya la obra o contrariamente, por obligar al constructor a la adquisición del terreno. Ahora bien, este derecho potestativo o de configuración jurídica, que supone una facultad de decidir, obliga a indemnizar de una manera previa, o cuando menos simultánea, evitando con ello un enriquecimiento injusto por su parte, y sin que, hasta que la indemnización se haya producido, pueda el propietario del suelo ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con relación a las construcciones levantadas sobre su terreno” y añade más tarde que “la *res nova* que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361 C.c., y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado, que al dueño del terreno sobre el que se edificó”⁷⁴. En idénticos términos la STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/547) y la SAP de León de 18 de octubre de 2012 (JUR 2012/370541), que resuelve un supuesto en el que frente al ejercicio por el actor de una acción declarativa de dominio, a la que acumula la petición de reintegración posesoria, y remoción de la finca a su estado original con retirada de la construcción, el demandado reconveniente, y constructor del chiringuito opone su derecho a poseer la finca en virtud de una autorización del anterior propietario y solicita que “se le abone indemnización por la finca”. La Audiencia rechaza su pretensión y aduce que “el artículo 361, concede al propietario del terreno donde se construye, planta o siembra, un derecho de opción, que sólo se materializa cuando el dueño del terreno la ejercita (SSTS de 15 de junio de 1981 —RJ 1981/2524— y 15 de diciembre de 2006 —RJ 2006/8227—). El derecho a optar se atribuye exclusivamente al dueño del terreno que es el que tiene un derecho potestativo consistente en optar por hacer suya la obra o por obligar al constructor a la adquisición del terreno (STS de 31 de diciembre de 1987 —RJ 1987/9715—). La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 1999 (RJ 1999/8163) recoge, que el dueño del terreno no puede ejercitar directamente acción reivindicatoria sin antes haber hecho uso expresamente de la opción que establece el artículo 361 C.c. (SSAP de Granada 208/2005 de fecha 21 de marzo- (JUR 2005, 138771, de Castellón 316/2000 de fecha 17 de junio (JUR 2001, 241354), y de Guadalajara 378/2000 de fecha 13 de octubre (JUR 2001, 43398), entre otras). Es evidente, por tanto que sin que se realice la opción es improcedente resolver en el sentido pretendido por el

⁷⁴En idéntico sentido las STS de 18 de marzo de 1948 (RJ 1948/467), 17 de diciembre de 1957 (RJ 1957/535), 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960/3782), también otras más recientes, como las STSS de 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759), 3 de abril de 1992 (RJ 1992/2936), 18 de mayo de 1999 (RJ 1999/3350) que afirma expresamente “En el presente supuesto no procede estimar... la ejercitada acción reivindicatoria cuando la cuestión litigiosa es constitutiva de una situación de accesión prevista y regulada en el artículo 361 del Código civil, que requiere previo ejercicio por la actora de la opción que dicho precepto establece” y en términos parecidos la STS de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999/8163) que es muy clara cuando afirma “no puede el dueño del terreno ejercitar directamente la acción reivindicatoria sin antes haber hecho uso expresamente de la opción que dicho precepto (art. 361) establece”. Vid. también las SSTS de 6 de febrero de 2006 (RJ 2006/626) y 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8227).

demandando-reconviniante”, y concede al *dominus soli* un plazo de tres meses para ejercitar la opción referida.

2. En tanto en cuanto no se ejercite la opción, concurrirían dos derechos de propiedad distintos: el del incorporante, dueño de la obra, y el del *dominus soli*, que conservaría la propiedad del terreno⁷⁵. Situación que por su temporalidad y relatividad, resultaría muy compleja y fuente de problemas; piénsese, a modo meramente ejemplificativo, que el dueño del terreno quiera disponer del mismo, constituir hipoteca, arrendar, conceder a tercero usufructo, derecho de vuelo, sobrevuelo o renunciar. . . o que sea el incorporante el que quiera hacer lo propio con la edificación. Problemas que se pueden ampliar hasta casi el infinito⁷⁶, y dotar al sistema de un alto grado de inseguridad jurídica, ya que los terceros que se creen amparados por el principio de publicidad registral y contraten con edificante o *dominus soli*, pueden ver defraudadas sus expectativas y mermados sus derechos. Así las cosas, el tercero adquirente puede creer que el *dominus soli*, quien aparece como titular en el Registro, es también propietario de la edificación, y aunque resultaría amparado por la presunción del artículo 359 C.c. y por el principio *superficies solo cedit*, podría quedar obligado al pago del valor de la edificación; por el contrario, también podría ocurrir que el tercero crea que el edificante es el titular del *solum*, quedando mermada su garantía a una suma de dinero. Por ello, ALONSO PÉREZ⁷⁷ defiende que en tal situación de pendencia, se produciría la imposibilidad de enajenación o gravamen por el *dominus soli* de lo edificado en tanto no adquiriera la obra previo pago de su importe, e igualmente, la prohibición por parte del incorporante de actos de disposición o gravamen sobre la edificación, hasta que haya adquirido el terreno⁷⁸ ya que hasta entonces no tiene más que un derecho a que se le abone el valor de la obra realizada o se le transmita el terreno. Además, advierte que si sobre el terreno pesara una prohibición de disponer, no habría tal opción, y al *dominus soli* sólo le quedaría la posibilidad de indemnizar.

Como ejemplo de la problemática referida, encontramos la STS de 28 de febrero

⁷⁵GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 175, piensa que mientras el *dominus soli* no ejercite la opción y adquiriera la obra, la situación planteada originaría una propiedad superficiaria sujeta a condición resolutoria.

⁷⁶GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 174.

⁷⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs 373 a 375.

⁷⁸HERNÁNDEZ CRESPO, C., “La accesión invertida”, *RCDI*, N° 491, Madrid, 1992, págs. 731 y 733 se plantea la cuestión de la posibilidad de inscripción de la obra nueva en el Registro de la Propiedad, en el caso de que *dominus soli* y edificante se hayan limitado únicamente a declarar la obra nueva, reconociendo la buena fe del edificante o bien el dominio separado de vuelo y suelo (sin constituir derecho de superficie) o bien solamente la situación de interinidad y, consiguientemente, la posibilidad de opción conferida por el artículo 361 C.c.. Este autor piensa que tal escritura sería inscribible al amparo de las disposiciones hipotecarias vigentes y de la doctrina del *numerus apertus* de los derechos reales, inferida del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento. Por lo demás, añade, si el *dominus soli* lo transmite a un tercero, antes de ejercitar la opción, y en el título de transmisión se hiciera constar la edificación de buena fe, es menester hacer constar en el Registro la existencia de tal edificación, como variación física de la finca.

de 2007 (RJ 2007/1627) que resuelve un supuesto en el que la actora formula demanda por la que solicita que se declare su dominio y le sea restituida la posesión de la finca con las instalaciones existentes más indemnización de daños y perjuicios. Los demandados esgrimen su propiedad sobre lo construido y su posesión de la finca en virtud de “un pacto verbal de fiducia *cum creditore*” con el anterior propietario de la finca (que a su vez es quien vende al actor la finca). El TS casa la sentencia y rechaza la aplicación de la segunda opción del artículo 361 C.c. porque considera “que falta un requisito esencial, que se encuentra ínsito en la formulación de la norma y que impide su aplicación a favor del constructor, cual es el de que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el dueño del terreno pues ello no ocurre cuando, como ahora sucede y no se discute, el titular dominical del suelo adquirió la propiedad, por título oneroso, cuando la obra se encontraba ya incorporada al mismo y, por tanto, su existencia ya se habría tenido en cuenta para establecer su prestación en el negocio de transmisión que en este caso fue concretamente la dación en pago”, “lo que necesariamente implica que la construcción que genera derechos para el constructor de buena fe se ha de llevar a cabo una vez adquirida la propiedad por aquél del que se pretende la indemnización por la obra construida, pues en caso contrario éste carecerá de legitimación pasiva *ad causam* para soportar dicha acción”. Resultan, también, problemáticos aquellos casos de ejecución hipotecaria, cuando el objeto de tasación queda referenciado con el valor del solar de la finca registral, sin inclusión del valor de la obra nueva⁷⁹, normalmente superior. Con lo que el adjudicatario adquiere⁸⁰, normalmente, por título de cesión del remate, la finca registral con la obra nueva aunque sólo ha pagado el valor del solar. En tal sentido, las SSTs de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733), 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8937) y de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/710).

3. No admitida la accesión automática, y vigentes las dos propiedades, habría que cuestionarse, si el poder que al *dominus soli* le confiere el artículo 361 C.c. está sujeto a caducidad, o bien a prescripción, o por el contrario es inextinguible por el transcurso del tiempo. Y en caso de que lo esté, si el plazo es el propio de las acciones reales o de las personales, y si podría mientras tanto usucapir el in-

⁷⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada, según nuestra jurisprudencia”, *RAD*, N° 5, 2012, pág. 127 a 149. Se pregunta el autor ¿qué ocurre en materia de ejecución de la hipoteca, en caso de impago de deudas dinerarias, cuando hay alguna accesión u obra nueva a la que la hipoteca no se expande, casos de los artículos 110.1º in fine y 111 LH?

⁸⁰NAVARRO CASTRO, M., “STS de 4 de abril de 2002. Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores”, en *CCJC*, N° 60, 2002, pág. 967. El embargo asegura el buen fin de la ejecución mediante la afección erga omnes del bien trabado al procedimiento en que se decreta. La anotación preventiva garantiza el gravamen real sobre la finca registral otorgando rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados con posterioridad a la fecha del asiento de presentación, con lo que se evita la operatividad del artículo 34 LH en favor del tercer adquirente, y la subasta supone “una oferta en venta” de la finca embargada que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública como “traditio” instrumental para producir la adquisición del dominio.

corporante de buena fe⁸¹. Así las cosas, y en tanto no lleve a efecto la opción el *dominus soli*, resulta claro que la prescripción ordinaria actuará necesariamente⁸². Pero, como afirma ALONSO PÉREZ, el derecho de adquirir la incorporación o vender el terreno, es un derecho potestativo y resulta “difícil encorsetarlo dentro de la categoría de un derecho personal o real⁸³, y no es viable aplicarle el régimen de las acciones reales o personales”⁸⁴. En cualquier caso, considera este autor, son muchos treinta años (plazo de prescripción de las acciones reales sobre inmuebles, según el artículo 1963, apartado 1º del Código civil) e incluso quince (plazo que se ha visto considerablemente reducido, a cinco años, por la Ley 42/2015 de 5 de octubre), según el artículo 1964, in fine, “para mantener sobre el autor de la accesión la espada de Damocles”⁸⁵ suspendida, con el fin de conservar separadas unas propiedades en contra de los dictados del *superficies solo cedit* tan nítidamente formulado en el artículo 358 C.c. Se estaría amparando una situación de abuso por parte del constructor que puede aprovecharse de lo edificado, en tanto el *dominus soli* resulta privado de la posibilidad de ejercitar las facultades básicas comprendidas en su derecho de propiedad sobre el *solum*. Es más, según esta tesis dominante y crítica con el *superficies solo cedit*, el constructor, que es poseedor de buena fe del terreno ajeno y que incorpora un solar (según ellos generalmente de menos valor) a su construcción, estaría, al ser considerada la accesión como justo título, sobre la base del *accessorium sequitur principale*, en vías de usucapir (artículo 1952 C.c.) si el *dominus soli* obra con aquiescencia y no interrumpe la posesión del edificante durante el transcurso del lapso de tiempo exigido legalmente, esto es, el transcurso de los diez años previstos en el artículo 1957 C.c., sin oposición del dueño del terreno determinaría, que el incorporante se convirtiera en propietario del suelo (extremo que no se sostiene dado que para la apreciación de la usucapión extraordinaria faltaría el justo título). Relacionado con lo anterior, está la STS de 25 de febrero de 2010 (RJ 2010/1794), que resuelve un supuesto en el que frente a una demanda declarativa de dominio sobre una franja de terreno ocupado, la parte demandada formula oposición que fundamenta en la adquisición de la propiedad del terreno ocupado por prescripción adquisitiva (ordinaria de diez años). El juez de primera instancia desestima la demanda y acoge la excepción de prescripción adquisiti-

⁸¹Interrogantes planteadas por GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 175, que manifiesta que a través de las mismas quedan patentes los puntos más interesantes y oscuros de la tesis de la accesión diferida.

⁸²ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 375.

⁸³Para TORRES LANA, J. A., *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid, 1982, pág. 3, en el caso del artículo 361 C.c, nos encontramos con lo que se podría llamar opción de origen legal porque surge automáticamente, y por imperativo de la ley, cuando ocurre un supuesto de hecho determinado. Para este autor la opción plantea problemas jurídicos, y sin embargo, considera que en esencia la facultad o poder de optar no tiene una significación jurídica por sí sola, es mas bien, una manifestación concreta de esa propiedad, común a toda persona, que llamamos libertad. Aunque reconoce que adquiere esa significación jurídica cuando el Derecho le reconoce o la concede como consecuencia de una particular situación jurídica como es el supuesto contemplado en el artículo 452 y del 361 C.c.

⁸⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 375.

⁸⁵ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 375.

va esgrimida por la Comunidad demandada. La Audiencia, también rechaza la pretensión de la actora y desestima el recurso por falta de identificación de la finca titularidad de los actores. Finalmente el TS sigue “los razonamientos del Juzgado de Primera Instancia, según los cuales, cualesquiera que fueren las demás circunstancias concurrentes, es lo cierto que el terreno actualmente ocupado por el edificio Habanera y sus accesorios es propiedad de la Comunidad de Propietarios del mismo, habiendo sido adquirido hace ya muchos años en virtud de prescripción ordinaria de diez años (artículo 1957 C.c.), tal y como argumenta correctamente el Juzgado...”.

4. Una vez tomada la decisión por el *dominus soli*, y pagado lo debido ¿la accesión operará retroactivamente al momento de la unión indisoluble de la obra al suelo o irretroactivamente desde el pago?⁸⁶ Interrogante que no se plantearía desde la óptica de la tesis de la automaticidad y cuya solución tiene un gran interés práctico, ya que los titulares en pugna, y sus herederos ansían conocer el momento en que el objeto de su propiedad se ha visto incrementado o extinguido (en caso de ser titulares de la cosa accesoría). Y lo mismo se puede afirmar respecto a los terceros que ostentan derechos sobre las cosas unidas⁸⁷. Los partidarios de la accesión diferida entienden que, para que exista la accesión deben concurrir, además de los requisitos constitutivos ya analizados (existencia de dos cosas pertenecientes a distintos propietarios, entre los que no existe vínculo jurídico y unión inseparable, en donde una de las cosas tiene el carácter de accesoría y otra de principal), otros presupuestos como la posibilidad de opción del *dominus soli* por la adquisición de la obra y su efectivo pago. Pero una cosa es el momento en que se cumplen los requisitos de la accesión, y otra, bien distinta, que puedan quedar en suspenso sus efectos hasta producido un evento o hecho posterior, posibilidad que existe en el campo de los negocios jurídicos a través del juego de las condiciones suspensivas, aunque la accesión, no sea un negocio jurídico, sino un hecho de la realidad. Pues bien, esta exigencia de opción y pago por el *dominus soli*, contenida en el artículo 361 C.c., no debería ser encubierta, como pretende este sector doctrinal mayoritario, a la categoría de elemento constitutivo y fuente de sus efectos sino que, de igual modo a lo que sucede con el artículo 360 C.c., la accesión debería operar automáticamente y el pago configurarse como una mera obligación para el dueño del terreno, en aras de evitar un enriquecimiento injusto, porque de lo contrario, se estaría generando una importante dosis de inseguridad jurídica. Y aún en el caso de que así fuere, esto es, que se considerare la opción y pago como elementos constitutivos exigidos por ley, una vez cumplidos, la accesión debería retrotraer sus efectos al momento de la unión indisoluble, como lo refiere BRISSÉ SAINT MACARY⁸⁸, para el

⁸⁶Para los defensores de la tesis de accesión diferida serían dos las posibles opciones: la primera, que produce efectos desde el momento en que se cumplen todos los requisitos, o sea, desde que el *dominus soli* paga al edificante de buena fe; o que una vez cumplidos los requisitos los efectos se retrotraen al momento de la unión.

⁸⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 67 y ss.

⁸⁸Advierte NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 66 a 68, notas. 158 y 59, que el problema de la retroacción

que habría que distinguir dos momentos, un primero, donde la accesión existe en estado “virtuel”, aunque los interesados lo ignoren. Y un momento posterior de “realisation” donde entran en juego las reglas de la accesión (el principio *superficies solo cedit*), para disciplinar el conflicto de intereses creado con retroacción al momento de la unión.

A la vista de lo expuesto, la doctrina de la accesión diferida no presenta más que inconvenientes, sustantivos, de prescripción, registrales, también parece olvidar nuestro Derecho histórico, el espíritu y principios⁸⁹ que dominan la accesión en los artículos 350, 353, 358, 359 y ss. C.c. Más, es contraria a la naturaleza jurídica de la accesión e incluso, a una correcta interpretación gramatical del precepto⁹⁰.

Veamos, si admitiéramos la interpretación de nuestro más alto Tribunal y de los autores que defienden la postura mayoritaria de adquisición diferida, la esencia del principio *superficies solo cedit* y de la doctrina de la accesión quedaría matizada. Primero, porque conduciría a una relatividad absoluta al principio *superficie solo cedit*, aplicándose con distinta intensidad según haya buena o mala fe y condicionado a un acto de voluntad del dueño, precisamente cuando es el artículo 361 C.c. un ejemplo donde la inseparabilidad de los dominios (suelo-edificación) es tan enérgica que si el dueño del suelo no quiere aceptar las consecuencias del *superficies solo cedit* tiene que vender el terreno al edificante. Además, si fuere el artículo 361 C.c. una excepción, ésta debería venir impuesta o permitida legalmente⁹¹, y ¿cómo derivarla de una mera

o no de los efectos de la accesión al momento de la unión por parte de los defensores de la tesis de adquisición diferida apenas ha sido tratado por nuestra doctrina y cita dentro de la doctrina francesa a BRISSÉ SAINT MACARY, *De l'accession artificielle immobilière*, Burdeos, 1929, págs. 52 y ss.

⁸⁹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 369. La interpretación sistemática en que se apoya esta tesis mayoritaria, no se limita a confrontar el artículo 361 C.c con la norma introductoria, el artículo 353, sino también compara su letra con la de otras normas, los artículos 366 y 370 del C.c. en sede de accesión mobiliaria y el 360 C.c. en sede de accesión industrial inmobiliaria, que se ocupa del supuesto de incorporación de material ajeno en suelo propio, o los artículos 362 y 363 C.c., que regulan igual hipótesis al artículo 361 C.c. aunque referidos al supuesto de mala fe. En todas estas normas la doctrina es coincidente en que la accesión sí que opera de un modo automático, porque ninguna de ellas habla de opción alguna, ni exige previo pago de indemnización que la condicione. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 297.

⁹⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 145.

⁹¹MONTEL, op. cit., pág. 133, además de citar el supuesto de construcciones extralimitadas como excepción al viejo brocardo romano, también entiende que “otras derogaciones pueden venir impuestas por disposiciones legales relativas al régimen del subsuelo o vuelo y que atribuyen su propiedad a persona diversa del *dominus soli*, o por disposiciones contrarias contenidas en el título como la existencia de un *iura in re aliena* sobre el subsuelo o vuelo, como el derecho de superficie o una servidumbre *aedificandi*”. En nuestra doctrina CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 105, considera al principio *superficies solo cedit*, un principio imperativo en su concreto ámbito de aplicación, pero no lo encumbra a la categoría de principio absoluto e inderogable, jamás lo ha sido, ni siquiera en Derecho romano, al menos en la época justiniana. Ahí están hoy: el derecho de superficie, vuelo, la propiedad por casas. . . . Ahora bien, tal salvedad es sólo posible cuando la ley la imponga o la permita, dando entrada al juego de la autonomía de la voluntad de los sujetos implicados (*dominus soli*, como mínimo, y cualquier otro sujeto). Esto mismo lo pone de manifiesto la RDGRN de 1952(RJ 1952/1627), al manifestar en su considerando 2º: “Que los preceptos que regulan en el Código la edificación o accesión industrial en bienes

interpretación de un texto?⁹² Segundo, porque de no producir la accesión, en caso de buena fe, la adquisición de lo incorporado, sino la concesión de un derecho de adquisición, la estaríamos convirtiendo en un derecho análogo a los de tanteo y retracto⁹³, es decir, la adquisición del dominio no tendría, por tanto, su causa directa en la accesión, sino en el resultado del ejercicio de tal derecho de adquisición preferente y resultaría equivalente a una transmisión de lo edificado mediante pago de un precio o lo que es lo mismo, una especie de compraventa. Y por último, la indemnización no tendría por objeto compensar un enriquecimiento injusto, sino pagar el precio de compra de lo edificado, y como bien puntualiza SÁNZ FERNÁNDEZ, no se puede explicar entonces cómo habrá de tener en cuenta la cuantía que determina el artículo 453, pues lo lógico es que estuviera referida al valor actual del edificio vendido⁹⁴.

Pero pese a todo lo dicho, la accesión diferida sigue ganando adeptos que se resisten, como señala LACRUZ⁹⁵, a asumir que el constructor tenga la simple posesión de la edificación, y que defienden, como lo hace GARCÍA GARCÍA, la existencia, al menos de una especie de propiedad superficiaria del edificio *sui generis*, de carácter eventual y transitoria, que sólo presentaría como rasgo común con el derecho de superficie-tipo el nombre y el concepto general, no la regulación jurídica.

No obstante lo anterior, entendemos que son varios los motivos que nos llevan a una defensa de la tesis de la automaticidad de la accesión en general, frente a la tesis mayoritaria de la accesión diferida condicionada al pago⁹⁶, y de la propiedad separada de suelo y edificación.

En primer lugar, la historia, ya que la orientación del Derecho romano y de las Partidas, es totalmente contraria a la tesis mayoritaria de la accesión diferida. Así, nos encontramos con textos romanos como la Instituta de Gayo, Comentario segundo, párrafo 73⁹⁷, o en el Código de Justiniano un rescripto de Antonino a Aristeneto,

inmuebles, responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, y así lo pone de relieve el artículo 358 al establecer, mas como regla de derecho imperativa, que como presunción que lo edificado pertenece al dueño del suelo...”.

⁹²SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 146.

⁹³Derechos que otorgan un poder a su titular para adquirir un bien o derecho determinado con preferencia respecto a cualquier otro sujeto. Díez SOTO, op. cit., pág. 10663.

⁹⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 146.

⁹⁵LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. III Derechos Reales*, volumen 1º, 3ª edición, Madrid, 2008, págs. 137 y 138, hace referencia a esta tendencia doctrinal con cita de GARCÍA GARCÍA y de SERRANO ALONSO, que se adhiere a lo afirmado por Díez PICAZO y GARRIDO DE PALMA. Concretamente, LACRUZ se suma a los autores que defienden una adquisición diferida basada en la necesidad de la defensa de los derechos del incorporante de buena fe y considera que “la ley, a falta de solución convenida, ofrece al dueño una alternativa, a la que debe someterse el incorporante, entre hacer suya la obra (luego no lo era hasta entonces) indemnizando, o bien ceder el terreno recibiendo el precio (o una renta por la cesión temporal).

⁹⁶CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 294 y ss.

⁹⁷La Instituta de Gayo, Comentario segundo, punto 73, manifiesta: “Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamuis ille suo nomine eadificaverit, iuri naturali nostrum fit, quia superficies solo edit” “Además lo que otro ha edificado en nuestro terreno, aunque sea en su nombre, se hace nuestro por derecho natural, porque la superficie cede al terreno”. La Instituta de Gayo, in Codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis nuper repertarum, Madrid, 1845, págs. 100 y 101.

libro 3, título 32, ley 2⁹⁸, o el fragmento de Gayo, recogido en el libro 41, título 1, ley 7, párrafo 12⁹⁹, que resuelven el conflicto de intereses creado tanto por la edificación en terreno ajeno, como por la edificación en suelo propio con materiales de otro, con la atribución de la propiedad del todo al *dominus soli* con fundamento en el principio *superficies solo cedit*, otorgando al dueño de los materiales una indemnización y la posibilidad de recuperar los materiales si subsistieran tras arruinarse el edificio.

Idéntica solución romana se alcanza en las Partidas¹⁰⁰, aunque introducen como

⁹⁸Incide en la idea Justiniano “Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo, non ambigitur. Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet. Si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala fide aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sunt” traducido por García del Corral así: “Si puedes probar que te pertenece la parte inferior del edificio, que está unida al suelo, no hay duda de que acreció a tu dominio la que tu vecino construyó sobre ella. Pero también te pertenece de derecho lo que se edificó en suelo tuyo, mientras permanece en el mismo estado. Más si hubiere sido demolido, los materiales vuelven al primitivo dueño, ya haya sido levantado de buena, ya de mala fe, el edificio, si no se levantaron los edificios en suelo ajeno con ánimo de hacer donación”. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho civil Romano (Corpus iuris civilis)*, Texto de Kriekel Hermann y Orenrugen, traducción a dos columnas de Ildefonso Texto de Kriekel Hermann y Orenrugen, traducción a dos columnas de Ildefonso García del Corral, T. III, Libro III, Título 32, ley 2, Barcelona, 1892, págs. 369-370.

⁹⁹El referido fragmento de Gayo reza: “Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est; et si scit, alienum solumesse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur; itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si nescit, qui aedificavit, alienum esse solum. Et tenquam in suo bona fide aedificavit; nam si scit, culpa ei obiici potest, quod temeré aedificavit in eo solo, quod, intelligeret alienum”. Texto traducido por García del Corral: “Por el contrario, si alguno hubiera edificado con materiales suyos en suelo ajeno, el edificio se hace de aquel de quien también es el suelo; y si sabe que el suelo es ajeno, se entiende que por propia voluntad perdió la propiedad de los materiales; y así, ni aun arruinado ciertamente el edificio le compete la reivindicación de sus materiales. Verdaderamente, si el dueño del suelo reclamara el edificio, y no pagara el precio de los materiales y de los jornales de los operarios, podrá ser repelido por la excepción de dolo malo; por supuesto, si el que edificó no sabe que el suelo es ajeno, y edificó de buena fe, como si fuera suelo suyo; porque si lo sabe, se le puede atribuir la culpa de que temerariamente haya edificado en aquel suelo, que sabía que era ajeno”. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho civil Romano (Corpus iuris civilis)*. Texto de Kriekel Hermann y Orenrugen, traducción a dos columnas de Ildefonso García del Corral, T. III, Libro XVI, Título I, ley 7, párrafo 12. Barcelona, 1892, págs. 369-370. Se suele señalar la contradicción existente entre el Código de Justiniano y el texto del Digesto, pues en éste último se niega la reivindicación al edificante de mala fe; mientras que en aquél se establece que los materiales del edificio demolido vuelven al dueño de ellos con independencia de que haya sido levantado el edificio de buena o mala fe. La contradicción se salva entendiendo que el texto del Digesto no establece una negativa absoluta a la reivindicación, sino sólo la presunción de que el edificante de mala fe hizo la edificación con ánimo de donar, por lo que si demostrara no haber tenido tal voluntad, podría reivindicar con base al texto de Antonino.

¹⁰⁰En la Partida Tercera, Título 28, la Ley 41, dice: “Heredades ajenas compran, o ganan las ornes a buena fe, e después que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, assi como torre, o casa, u otro edificio. . . E vienen después desso los verdaderos señores, e véncelos en juyzio, de aquello que assi han ganado. E . . . dezimos, que ante que sea entregado de la casa, e de la heredad, el que la venciere assi como sobredicho es, que sea tenuto de tornar al otro, todas las despensas que oviere fecho de nuevo en ella; ca pues que ovo buena fe en ganar la cosa. . . derecho es que cobre aquello que y despendió en esta manera. . . Mas si por ventura el señor de la heredad que la venciesse en juyzio, fuese tanpobre que non

novedad la omisión de la posibilidad de reivindicación del *dominus materiae* en caso de ruina del edificio, al que sólo se le reconoce la posibilidad de ser indemnizado, en caso de buena fe, en el importe de los gastos realizados. Derecho que decae, en caso de que el *dominus soli* sea pobre y no pueda pagar.

Sentado lo anterior, nadie pone en duda que nuestro Código civil sigue fielmente los principios del Derecho romano al regular el derecho de accesión respecto a los bienes inmuebles, entre los cuales ahora nos interesan dos: “1º no es posible — porque no lo concibe—¹⁰¹ que la propiedad del suelo y del edificio pertenezca a distintas personas; 2º el edificio construido sobre un terreno pertenece siempre al dueño de éste”¹⁰². Luego, ¿cómo pensar entonces que en el Código civil se otorgue la propiedad de lo edificado a quién, aún de buena fe, invade la esfera de derecho ajena?¹⁰³, es más, nuestro Código incluso rectifica¹⁰⁴ su precedente de los Códigos francés¹⁰⁵ e italiano¹⁰⁶, y no acepta la salvedad en aquellos contenida, relativa a los derechos legítimamente

pudiese pagar al otro las despensas que y oviessse fecho. . . dezimos que entonce non seria tenuto de las pagar. Mas el otro que las avia de cobrar, puede sacar de la casa, o de la otra heredad, saquello que y metió, o labró, e llevarlo ende, e fazer dello su pro”, y se niega el cobro de las expensas al que obró de mala fe en la ley 42.

¹⁰¹“Porque no lo concibe”, es una apreciación personal que añadido y no forma parte de la cita literal de SÁNZ FERNÁNDEZ.

¹⁰²SÁNZ FERNÁNDEZ., op. cit., pág. 146.

¹⁰³Pregunta que se plantea SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 146.

¹⁰⁴GONZÁLEZ MARTÍNEZ, op. cit., pág. 83.

¹⁰⁵Recordemos que el artículo 553 del Código francés establece la regla de la accesión automática, en cuanto a las edificaciones y plantaciones, pero como una presunción *iuris tantum*: “Todas las construcciones, plantaciones y obras hechas en una finca se presumen hechas por el propietario a su costa, y que le pertenecen, si no se prueba lo contrario; sin perjuicio de la propiedad que un tercero pudiera haber adquirido o pueda adquirir por prescripción, sea un subterráneo bajo el edificio ajeno, sea de cualquier otra parte del edificio”. De este precepto podemos extraer dos presunciones: 1ª) que las obras han sido hechas por su propietario y a su costa; 2ª) que las construcciones y obras pertenecen al *dominus soli*. Presunciones *iuris tantum*, que podrían destruirse con la prueba de que las construcciones pertenecen a un tercero, en virtud de título o por prescripción

¹⁰⁶El Código italiano de 1865 en su artículo 448 establecía que todas las construcciones, plantaciones u obras hechas sobre o bajo el suelo se presumen hechas por el propietario a sus expensas y que le pertenecen, si no consta lo contrario, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por un tercero. El sentido de éste artículo es semejante al francés aludido. En ellos se presume: 1º que las construcciones han sido hechas por el propietario; 2º que han sido hechas a costa del propietario; 3 que pertenecen al propietario. No obstante lo anterior, contra las tres presunciones cabe prueba en contrario. Cuestión regulada hoy en el artículo 934 del Código civil en vigor.

adquiridos¹⁰⁷, sino que antepone¹⁰⁸ a la presunción de que *todas las obras, siembras y plantaciones han sido hechas por el propietario y a su costa*, la declaración de que *lo edificado... en predios ajenos y las mejoras y reparaciones hechas en ellos pertenecen, al dueño de aquellos (“superficies solo cedit”) con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*; dice “sujeción”, no “salvo que...”, a diferencia de lo que se afirma en el equívoco artículo 934 italiano¹⁰⁹ y 553 francés.

Pero, curiosamente, en Francia y en Italia, a diferencia de la doctrina patria, es sólo una minoría (crítica con el principio *superficies solo cedit*), la que cree en la no automaticidad de la accesión. Así, en Francia son unos pocos (LEVIE, DE PAGE y ABERKANE)¹¹⁰ quienes defienden una accesión no automática y lo hacen en contra, no sólo de la doctrina mayoritaria, sino de la jurisprudencia e incluso contra la letra y el espíritu del Code. Ello se aprecia, cuando en su comunicación oficial ante el Tribunal, en fecha 21 de enero de 1804, el Tribuno Faure asevera que la accesión opera automáticamente desde que la construcción (también la plantación) han sido realizadas, y lo justifica en aras de la protección de la riqueza creada, por los daños o perjuicios (il dégrade) que se producirían en el *solum*, para el caso de que se permitiera al dueño de los materiales su retirada¹¹¹.

Algo similar ocurría en Italia, y respecto al Codice de 1865, son una franca minoría quienes defienden la no automaticidad de la accesión (BERLIRI, STOLFI y DE RUGGIERO)¹¹². Pero la expresión “ha diritto” contenida en su artículo 450 (correlativo,

¹⁰⁷Para SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 140, el Código civil en su artículo 359 C.c. presume que las obras han sido hechas por el propietario y a su costa y el artículo 358 C.c., atribuye al *dominus soli* lo edificado en terreno ajeno, no como presunción sino *ex lege*, de modo pleno y absoluto, sin que nadie pueda alegar mejor derecho sobre lo edificado, ni en su totalidad. Cabe la posibilidad de que por existir una relación jurídica previa quede excluida la accesión; pero ello no supone existencia de una presunción, ni posibilidad de prueba en contrario, sino preexistencia de una situación jurídica en la cual no son de aplicación los preceptos de la accesión. Es la propia ley, por tanto, la que funciona como fuente directa en la adquisición de la propiedad, y como fuente directa también de sus efectos obligacionales (artículo 1089 del Código civil). Según CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 300, ambos efectos: reales y obligacionales, se encuentran íntimamente relacionados y son por igual renunciabiles (artículos 361 *in fine* y 363 C.c.) y considera que como la hipoteca que no sigue a la finca no merece ser llamada hipoteca, según decía la LH de 1861, la accesión que no opera automáticamente desde la unión inseparable no es verdadera accesión, no merece llamarse accesión.

¹⁰⁸GONZÁLEZ MARTÍNEZ, op. cit., pág. 84.

¹⁰⁹El Código civil italiano de 1942, aunque conserva la presunción ya contenida en el Código de 1865 en su artículo 448, estalece como regla general la entrada en juego de la accesión “salvo que resulte otra cosa de un título o de la Ley” y además regula el derecho de superficie. Explica este autor que “en una palabra, se ha llegado a admitir que por pacto o título, el dueño del suelo renunciara a la accesión para el caso de edificar otro en terreno ajeno (propio del renunciante), gracias a lo cual se hizo posible el derecho de superficie, con la consiguiente propiedad separada superficiaria”. ROCA SASTRE, R. M^a., “Ensayo sobre el Derecho de superficie”, *RCDI*, N^o 392-393, Madrid, 1961, págs. 27 y 28.

¹¹⁰Citas tomadas de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 306 a 308. Por el contrario se muestran partidarios de la adquisición automática, COLIN Y CAPITANT, op. cit., págs. 974 y ss., también CARBONNIER, op. cit., págs. 265, 266 y 268.

¹¹¹En la obra de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág., 307, se contiene íntegramente lo referido por el Tribuno Faure.

¹¹²DE RUGGIERO, op. cit., pág. 612, condiciona la adquisición al pago en el supuesto del artículo 449

aunque con distinto contenido a nuestro artículo 361 C.c.), heredada de su más directo precedente en materia de accesión, el Código sardo o albertino (artículo 462), debe ser interpretada en el sentido de que la construcción (también la plantación), desde que está realizada, forma parte de la propiedad del *solum* por derecho de accesión¹¹³. Y análogas conclusiones se alcanzan desde el Codice vigente, aunque hemos de reconocer que su redacción actual es mucho más compleja porque distingue entre accesión definitiva, y no definitiva, e induce a pensar en una accesión diferida cuando parece que condiciona a un plazo de seis meses la reivindicación de los materiales por su dueño. Así las cosas, en el Codice, cuando desde *ab initio* hay inseparabilidad, o cuando siendo posible la separación ésta entrañaría un grave daño, la accesión opera de modo automático desde la misma incorporación¹¹⁴. Es más, incluso opera en los supuestos de separabilidad sin menoscabo. En concreto, los artículos 935¹¹⁵ y 936¹¹⁶ del Codi-

del Código civil de 1865 (correspondiente a nuestro artículo 360 C.c.), y manifiesta que: “Es, pues, la adquisición de la propiedad subordinada al pago del valor”, “de lo que se deduce que en tanto éste no haya sido abonado la propiedad continúa en el propietario primitivo...”. Mantiene esta postura con plena consciencia de que la amplia mayoría de la doctrina italiana defiende la tesis de la automaticidad y entre a sus defensores nombra a DE CRESCENZIO, SIMONCELLI, BARASSI, CHIRONI. En contra de las opiniones vertidas y a favor de la automaticidad, MONTEL, op. cit., págs. 134 y 135; también PARADISO, op. cit., págs. 41 a 54, 67 a 79, 191 a 201.

¹¹³PASQUALI, op. cit., págs. 286 y ss., defiende la automaticidad, porque de lo contrario carecería de sentido la facultad del propietario de obligar al constructor, a demoler la obra no consentida, ¿por qué si no, impone el Codice la demolición al constructor si es dueño de la obra? De modo análogo PONCINI defiende que: “Desde que la plantación es realizada, desde que el edificio se ha llevado a cabo, la una y la otra forman parte de la propiedad por derecho de accesión”. Continúa el comentarista “el propietario del fundo no habiendo consentido tales obras es libre de exigir a quien las ha hecho que reponga las cosas al estado anterior a la plantación o construcción; en tal caso el propietario de los árboles o de los materiales no puede evitar retirarlos”. El referido comentarista, también incide en la obligación del constructor de demoler la obra si así lo pide el *dominus soli* que no la ha consentido, como otro argumento más a favor de la automaticidad de la accesión. Carece así de sentido la postura de STOLFI, que partidario de la no automaticidad se cuestiona que si el dueño de la obra es el *dominus soli* y decide demoler ¿por qué ha de hacerlo el constructor? Citas, estas últimas, tomadas por su relevancia de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 308, nota 30 y 31.

¹¹⁴Era una conclusión absolutamente consolidada en la doctrina italiana antes de la redacción del Codice de 1942, lo prueba la eliminación del adverbio “definitivamente” que en el Proyecto de Código civil se empleaba para incidir en la idea de adquisición por accesión. Expresión, que algunos autores (SALARIS o ALLARA), e incluso la propia corte de Casación italiana, calificaron de superfluo e innecesario e incluso equívoco porque podría llevar a pensar en una accesión provisional, lo que condujo a su eliminación en la redacción definitiva del actual *Codice*. Decía el artículo 95 del Proyecto: “El propietario del suelo que ha hecho obra con materiales ajenos adquiere definitivamente la propiedad si la separación no puede hacerse sin excesivo daño de la obra, o si en caso de separabilidad, la acción de reivindicación no es promovida por el tercero en el plazo de un año desde el día en el que hubiere tenido noticia de la incorporación”.

¹¹⁵El artículo 935 del Codice actual reza: “El propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones u obras con materiales ajenos debe pagar el valor, si la separación no es exigida por el propietario de los materiales, o no se puede hacer sin causar grave daño a la obra construida o sin que perezca la plantación. También quedará obligado, en el caso de que se haga la separación, al resarcimiento de los daños, si incurre en culpa grave. En cualquier caso la reivindicación de los materiales es admitida transcurridos seis meses del día en el cual el propietario ha tenido noticia de la incorporación”.

¹¹⁶El artículo 936 del Codice de 1942 dispone: “Cuando las plantaciones, construcciones u obras han

ce, prevén por razones de seguridad jurídica¹¹⁷, en caso de dejadez o desinterés del *dominus materiae*, la adquisición de la propiedad de los materiales por el *dominus soli*, si, transcurridos seis meses a contar desde que aquél tuviera conocimiento de la incorporación, no los reclamase. Entiende en tal caso la doctrina mayoritaria, e incluso la Corte de Cassazione, que más que accesión *no definitiva, revocable o en suspenso*¹¹⁸ hay prescripción extintiva acelerada de la reivindicatoria del *dominus materiae*, o desde el punto de vista contrario, usucapión mobiliaria súbita a favor del dueño del *solum*.

De modo parecido al Codice de 1942, dentro de nuestras fronteras el legislador Catalán, para los supuestos de construcción en terreno ajeno con mayor valor del *solum* y buena fe en el edificante (artículo 542-7 C.c.c.¹¹⁹), prevé un plazo trienal de caducidad para el ejercicio de la opción por el *dominus soli*. Lo que ha provocado que un sector doctrinal conciba la pendencia de ese lapso de tiempo como una expectativa a la operatividad de la accesión. Interpretación que debe ser rechazada, por cuanto la *voluntas legislatoris* sobre la accesión, con carácter general, ya quedó clara en los

sido hechas por un tercero con materiales propios, el propietario del fundo tiene derecho a quedárselas u obligar al que las ha hecho a retirarlas... Si el propietario prefiere quedárselas debe pagar a su elección el valor de los materiales y el precio de la mano de obra o el aumento de valor experimentado por el fundo... Si el propietario del fundo exige que sean retiradas, deben ser retiradas a expensas de quién las hizo. Que puede también ser condenado al resarcimiento de los daños. El propietario no puede obligar al tercero a retirar las plantaciones, construcciones y obras, cuando hayan sido hechas a su ciencia y sin oposición o cuando han sido hechas por el tercero de buena fe. La retirada no puede ser solicitada transcurridos seis meses del día en el cual el propietario ha tenido noticia de la incorporación”.

¹¹⁷MONTEL, op. cit., pág. 134. Advierte que en tales preceptos se da prevalencia a los intereses sociales (interés general) sobre los intereses particulares en colisión, se niega en caso de construcción la separación cuando esta pueda acarrear serios daños al edificio u obra construida, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad por daños irrogados en caso de mala fe, o culpa grave del constructor. La inseparabilidad por razones de protección del interés general, y de seguridad jurídica, también se advirtió oficialmente por su Relazione, en la tramitación del Código italiano de 1942, en relación al plazo de seis meses, establecido para el ejercicio de la acción de reivindicación, a contar desde el día en que el propietario de los materiales tenga noticia de la incorporación. Plazo que se fija porque así “se evita de tal modo que la titularidad del derecho de propiedad sobre los materiales permanezca incierta por largo tiempo”.

¹¹⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 310.

¹¹⁹El artículo 542-7 C.c.c. dispone: “1.- El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: a) Hacer suya la totalidad de la edificación y de la parte del suelo ajeno pagando los gastos efectuados en la construcción y el valor del suelo ajeno. b) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar” Añade en su apartado 2: “La facultad de opción que el apartado 12 otorga a los propietarios del suelo caduca a los tres años de haber finalizado la obra. Una vez transcurrido este plazo sin que los propietarios la hayan ejercido, los constructores solo pueden ser obligados a aceptar la opción a que se refiere la letra b.” Y no se prevé a favor del *dominus materiae* el derecho de retención en tanto no sea indemnizado, al que sí aludía expresamente el artículo 16 de la LAO, al igual que la anterior Compilación de derecho civil catalán que, en caso de que existiese buena fe, permitía retener “lo edificado, plantado o roturado en suelo ajeno... hasta que se reintegre, afiance o consigne judicialmente, el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios”. PEÑASCO VELASCO, op. cit., pág. 74, nota. 183.

trabajos preparatorios del Libro V del Código catalán, tras manifestar en su artículo 542-1¹²⁰, similar al artículo 353 C.c., (aunque inspirado más en el artículo 948 del Código civil de Québec), que: “El artículo quiere establecer claramente el momento en el que se produce la accesión, estableciendo que es el momento de la incorporación y, de otro lado, evitar el enriquecimiento injusto estableciendo las indemnizaciones que correspondan”. Es por ello, que no cabe ver un aplazamiento en la accesión en el supuesto contemplado en el referido precepto (artículo 542-7 C.c.c.), ni siquiera por el transcurso del plazo de tres años, porque caducado el mismo, la accesión se habría producido previamente por la unión de la obra al suelo a favor del dueño del *solum*, que al no haber hecho efectiva su accesión (pagando al invasor el valor de la obra y de su suelo —para el caso de construcción extralimitada—), *ex lege* se presume *iuris et de iure*, que renuncia tácitamente a la accesión ganada y se le impone la venta del suelo invadido al constructor, con la obligación de reintegrarle el equivalente al valor de ese suelo.

En otro orden de cosas, también la interpretación histórica de las expresiones contenidas en las normas empleadas por el Código civil, en sede de accesión, muestra el respeto a la tradicional automaticidad de la misma. Como premisa previa, es de obligada referencia subrayar que la letra del Código civil obedece a uno de los idearios formales a que todo Código aspiraba en su redacción decimonónica: sencillez y concisión.

Así, la redacción del actual artículo 353 C.c., se mantiene intacta desde el Proyecto de 1836 (cuando entonces, la automaticidad del 361 C.c. era evidente), y su expresión “da derecho” sólo ha pretendido dejar claro, como norma de valor meramente introductorio, y referida tanto a la accesión por producción (que no es verdadera accesión) como a la accesión por incorporación, que la accesión es la causa de la adquisición del dominio¹²¹.

El artículo 360 C.c., sin embargo, sí ha experimentado una progresiva simplificación desde su originaria redacción en el Proyecto de 1836, en la que se ha eliminado una parte de vital importancia en el tema que nos ocupa. Lo que ha dado pávulo a que un reducido sector doctrinal (ALBALADEJO¹²², CARRASCO PERERA¹²³, MOLL DE

¹²⁰El artículo 542-1 de la Ley 5/2006, manifiesta: “La propiedad de un bien atribuye el derecho de adquirir, por accesión, lo que se le une, con la obligación de pagar, si procede, la indemnización que corresponda”.

¹²¹Se pregunta el profesor CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 298 y 294, *¿si acaso la accesión por producción de frutos es también diferida y no automática, por el “da derecho” del art. 353 del CC?* Y responde, que si condicionada está, lo será al solo hecho natural de la manifestación del fruto (art. 357 C.c.), como la accesión inmobiliaria artificial lo está a la incorporación indivisible de la obra al suelo.

¹²²ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 300, opina que la adquisición de la propiedad en sede de accesión no se producirá hasta que se pague la indemnización. Y afirma que en sede del artículo 360 C.c. “hay más razón que en el supuesto del artículo 361, para que la propiedad únicamente se adquiera cuando se abone la indemnización, ya que es el adquirente que ha de indemnizar, y no el otro, quien realizó la incorporación”.

¹²³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 228 y 229. Para este autor, la transmisión dominical tanto en el artículo 361 como en el 360 C.c. está condicionada al pago, sólo se adquiere por accesión lo que se paga

ALBA¹²⁴) defienda una accesión diferida, y condicionada al efectivo pago por el *dominus soli* de los materiales ajenos empleados. Así, en su primera redacción en el artículo 679 del Proyecto de 1836 se disponía que “si alguno plantase o edificase en terreno propio con semillas o materiales ajenos, aquéllos y éstos le pertenecerán por accesión, pero habrá de pagar el valor de ellos y además podrá ser condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado”. Automaticidad, cuyo reconocimiento expreso se mantiene en el artículo 403 del Proyecto de 1851, cuyo primer párrafo decía: “El que sembrare, plantare o edificare en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unas y otras, pero estará obligado a pagar su valor, y además será condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, si hubiere precedido de mala fe”. Y, sin embargo, su sucesor el artículo 363 del Proyecto de 1882, sí elimina la referencia a la fuerza adquisitiva de la accesión cuando dispone: “El propietario del suelo que hiciere en él plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios”. Eliminación que podría apuntar no a un cambio en la voluntad del codificador, en el sentido de establecer una accesión diferida, sino a ese afán simplificador y al intento de evitar la repetición de lo contenido en el actual artículo 358 C.c.¹²⁵ (artículo 401 del Proyecto 1851). La Base 10^a de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888, incide en este sentido, al no prever un cambio de especial relevancia cuando en ella se disponía: “Se mantendrán el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio”. Además, el artículo 360 C.c., no contiene opción equivalente a la del artículo 361 C.c., en él resulta evidente la voluntad del *dominus soli* de querer los materiales que empleó, “por sí o por otro”, en la obra realizada en suelo propio, bien porque los creía suyos, bien porque sabiendo que no lo eran, los empleó conscientemente en su obra, siendo presumible su voluntad de apoderamiento.

Por lo que respecta a la redacción del controvertido artículo 361 C.c., se ha mantenido prácticamente intacta (con algún leve retoque por su antecedente inmediato, el artículo 364 del Proyecto de 1882), desde el artículo 404 del Proyecto de 1851, que decía: “El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno y al que sembró, solamente su renta”. Precepto que supuso la refundición de cuatro normas contenidas en el Proyecto de 1836, los artículos 676, 677, 680 y 681, de redacción reiterativa y afrancesada, y en cuyo comentario GARCÍA

por accesión. Considera que en el artículo 360, “se contiene un mandato de pago ante la existencia de un hecho obstativo a la reivindicación del propietario de la materia, pero no una previsión de adquisición del dueño del suelo”, continúa: “el fundamento de la norma es la imposibilidad de reivindicar las cosas que, por el hecho de la incorporación a un edificio o en suelo ajeno, han desaparecido como objetos susceptibles de un aprovechamiento independiente”.

¹²⁴MOLL DE ALBA LACUVE, CH., *La edificación en suelo ajeno. La posible disociación jurídica de la propiedad*, Grupo difusión, Barcelona, 2004, págs. 115, 116, 161 y 184, entre otras, esto es, son constantes las referencias que realiza a lo largo de su obra, en las que condiciona al pago la operatividad de la accesión.

¹²⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA., op. cit., pág. 302.

GOYENA¹²⁶, concentra todos los argumentos, hasta ahora, vertidos en defensa de la automaticidad, razón por la que merece ser reproducido:

Es diferente del 555 Frances, y mucho más sencillo y equitativo, como puede verse con su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3, que niegan toda repetición al que edificó o plantó de mala fe en suelo ageno y la conceden al que lo hizo de buena.

El artículo adopta esta diferencia capital y equitativa, desembarazándola de las distinciones injustificables de si el dueño del terreno es o no muy pobre, si el que edificó o plantó está o no en posesión... distinciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento principal...

El accidente de poseer o no el edificante o plantante, de ser rico o pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia en el fondo?

El artículo descansa en la regla de derecho civil o principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe; y la elección que en él se da al dueño del terreno salva lo dispuesto en los artículos 396 y 401 (actuales 353 y 359).

Como se advierte, para GARCÍA GOYENA, la accesión opera siempre *pro dominus soli*, y la excepción de la que habla cuando emplea la expresión “salva lo dispuesto”, ha de entenderse referida a que el dueño del suelo, si bien dueño automático de lo edificado por el principio *superficies solo cedit*, puede hacer lo que en otros casos no tiene cabida, esto es, obligar al que edificó a comprar el terreno¹²⁷.

Es más, una vez examinada la evolución histórica de tales preceptos, el tenor literal del controvertido artículo 361 C.c., nos permite extraer una serie de conclusiones¹²⁸:

1^a La expresión *tendrá derecho* quiere decir que el propietario no ha de pasar necesariamente por las consecuencias de la accesión, sino que puede desligarse de ellas

¹²⁶GARCÍA GOYENA, op. cit., págs. 361 y 362

¹²⁷CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 312, advierte que respecto a la expresión “salva lo dispuesto” del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 404 del Proyecto de 1851, referida al supuesto de hecho hoy contenido en nuestro artículo 361 C.c., hay autores como DE ÁNGEL YAGUEZ que han querido ver en ella una excepción a la regla general de la accesión (que como tal, en principio es automática). Aunque se advierte en el autor un titubeo cuando finalmente concluye: “Aunque desde luego también hay lugar a pensar que la excepción consiste en que el dueño del suelo, si bien dueño automático, de lo edificado, puede... obligar al que edificó a comprarle el terreno”.

¹²⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 123, considera, que entender que el artículo 361 C.c. no conlleva la adquisición dominical, aun existiendo incorporación indisoluble de la edificación al suelo, parece que sea contrario al propio texto de la norma, también a lo declarado previamente con carácter general en el artículo 353 C.c. que establece dentro del Título que disciplina la propiedad, que “la propiedad de los bienes da derecho por accesión, a todo lo que se les incorpora”.

y no aceptar la adquisición de lo construido¹²⁹, optando por la venta del suelo. Es éste, el verdadero sentido de la doble opción: la protección del *dominus soli*, al que la ley consciente de que por el mecanismo de la accesión se le ha impuesto una obra que no hizo, ni adquirió ex voluntate, entiende justo o proporcional que pueda deshacerse de ella mediante la venta forzosa¹³⁰ (o demolición en el caso de mala fe, artículo 363 C.c.). Es más, venta que en nada perjudica al edificante que al ser de buena fe, se creía legitimado para realizar una obra por él deseada, luego no se puede admitir, como algunos pretenden, su rechazo a la imposición de tal venta¹³¹.

- 2^a La expresión “hacer suya”, como advirtió JERÓNIMO GONZÁLEZ¹³², es incorrecta porque realmente implica adquisición de dominio, como queda probado por el propio Código civil cuando la emplea, con ese sentido y significado en ulteriores preceptos como los artículos 451, 477 y 1632 C.c.¹³³

¹²⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 119, salvaguarda la voluntariedad de la adquisición mediante las técnicas de la aceptación o renuncia. Afirma que la discutida frase del artículo 361 C.c. “tendrá derecho a hacer suya la obra” se entiende, no como derecho a adquirir la propiedad sino como derecho a obtener la posesión de lo edificado. El *dominus soli* no posee pues la posesión corresponde al edificante, que por esa razón ha podido edificar. La accesión transmite la propiedad pero el *dominus soli* no podrá hacer suya la posesión en tanto en cuanto no indemnice.

¹³⁰MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 170, señala que la segunda alternativa del artículo 361 del Código civil “quizá podría inspirarse en el derecho histórico alemán”, señala “que en el BGB existe un precepto, el § 915 que recuerda sobremanera al segundo inciso del 361. Aunque cabe precisar que el § 915 del BGB se refiere específicamente al supuesto de las construcciones extralimitadas, mientras que el 361 C.c. es aplicable en general a las construcciones en suelo ajeno. Precisamente ésta identidad... podría constituir un argumento para afirmar que el art. 361 C.c... que la construcción extralimitada está contemplada en el art. 361 y no constituye, como tradicionalmente se ha afirmado una laguna legal”. Entiende esta autora, que la posibilidad de que el constructor adquiriera el terreno supone la derogación del *superficies solo cedit*, al permitir el artículo 361 C.c. invertir la relación de accesoriedad, y concluye que puede llegar a afirmarse que este precepto acoge la figura de la accesión invertida. Extremo al que nos oponemos y que fue rotundamente negado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117) cuando afirma: “... esta segunda hipótesis entraña una compraventa unilateralmente forzosa, en cuanto que voluntaria para el vendedor y necesaria para el comprador, de manera que en tal caso, como apunta la más autorizada doctrina, no se trata de modalidad alguna de accesión invertida, pues la incorporación del suelo al vuelo, no se produce por la vis atractiva y automática de la cosa más importante y principal —lo edificado—, sino que la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente transmisión operada por el título que la venta comporta y el modo reflejado en la tradición”.

¹³¹FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Tomo II, 3^a edic., Barcelona, 1888, pág. 144, para justificar la posible oposición del edificante a la adquisición de la obra manifiesta: “Esta solución es nueva, no estaba en las leyes antiguas; y su justicia no resplandece tanto, que pueda ser fácilmente distinguida por todos. No se ve claro el por qué de esa especie de pena que la ley impone al que obró de buena fe, obligándole a quedarse con el edificio o la plantación, y a que pague el valor del terreno que ocupó, porque si bien es verdad que cuando edificó o plantó, demostró que quería para sí un edificio o un plantío, también es verdad que el que edificó o plantó lo hizo en la errónea inteligencia de creerse dueño del terreno. Posible es que al saber lo contrario, y al tener noticia de que había de comprar y pagar el terreno, no se habría decidido a plantar ni edificar. La ley, obligándole a hacerlo, fuerza su voluntad; y le fuerza por un hecho inocente, de que no debe ser responsable”.

¹³²GONZÁLEZ MARTÍNEZ, op. cit., pág. 84

¹³³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 147.

- 3^a La palabra “*indemnización*”, demuestra que no nos encontramos ante una transmisión de la propiedad mediante pago de una contraprestación en dinero, pues en tal caso se hablaría de precio de modo análogo a como se hace en el inciso final del artículo analizado, donde sí nos encontramos con una auténtica venta forzosa. Como advierte SÁNZ FERNÁNDEZ¹³⁴, *la referencia a los artículos 453 y 454 es prueba indiscutible de que la indemnización no es la contraprestación de la transmisión del dominio, pues entonces ni tendría la cuantía que fija el artículo 453, ni cabría la posibilidad de que en algún caso (mejoras voluptuarias) no fuera aplicable (artículo 454).*
- 4^a Por último, la palabra “*previa*”¹³⁵ va referida a la posesión, e indica que el *dominus soli* no puede tomar posesión de lo edificado, en tanto en cuanto no indemnice, y hasta el momento en que sea efectivamente indemnizado, podrá el edificante ejercitar el derecho de retención¹³⁶ previsto en el artículo 453 C.c. Es más, si el edificante fuera dueño de la obra como se afirma desde la teoría del dominio dividido, no necesitaría del reconocimiento a su favor del derecho de retención, pues recaería sobre cosa propia, lo que nos situaría, como afirma SÁNZ FERNÁNDEZ¹³⁷ ante “una figura monstruosa y disparatada: derecho de retención en garantía de un crédito sobre una cosa propiedad del acreedor”¹³⁸.

También hoy, como dato histórico a favor de la tesis de la automaticidad, se esgrime el de la derogación del artículo 107.1º de la LH de 1861¹³⁹, operada por la reforma de

¹³⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 148

¹³⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 148, califica la opción referida como la más exacta, aunque también contempla otro posible significado de la palabra “*previa*”, como referida no a la accesión, sino a la opción, indicando que si opta el *dominus soli* por lo edificado debe inmediatamente indemnizar, e impone esta obligación en términos enérgicos.

¹³⁶Derecho previsto en el artículo 278. 1º de la *Ley catalana de accesión y ocupación* de 31 de diciembre de 2001 que reconocía para el caso de buena fe en el edificante, el derecho de retención de lo “edificado, plantado o roturado en suelo ajeno... hasta que se reintegre, afiance o consigne judicialmente, el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios”. Derecho de retención no previsto de manera expresa en la nueva redacción que a tal supuesto se ofrece en la Ley Catalana de 5/2006 de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

¹³⁷SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 147.

¹³⁸Para NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 119, técnicamente no es posible un derecho de retención sobre cosa propia, solamente se retienen en los supuestos previstos por la ley, las cosas ajenas en garantía de un crédito para el acreedor. Aunque para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 322, el ingenio de los partidarios de la tesis del dominio dividido no se agota y salvan el obstáculo de la imposibilidad de retención de cosa propia, considerando que la facultad de retener no se predica del edificio sino del suelo sobre el que está levantado cuya propiedad sí que es ajena. Esta es la postura de Díez Pícazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario Registral*, 7ª edic., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 156, que considera al tercero constructor poseedor de buena fe de terreno ajeno y propietario de la construcción y condiciona al pago la adquisición de su propiedad por el dueño del suelo. En términos parecidos MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 158.

¹³⁹Artículo 107.1º LH de 1861 decía: “Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan...: 1º El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal

1944-1946. El referido precepto, sobreentendía un derecho dividido y contemplaba¹⁴⁰ la hipoteca sobre edificio construido en suelo ajeno y, sin embargo, no permitía, ni regulaba la propiedad *pro diviso*¹⁴¹, esto es, el propio precepto expresaba que la hipoteca se establecía “sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado”. Es más, tampoco calificaba el derecho del edificante como derecho de propiedad, y así lo aclaraba expresamente su Exposición de Motivos¹⁴² cuando disponía, que no resuelve “cuestiones ajenas a una ley especial de hipotecas”, y más tarde, cuando afirmaba que “el principio de que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho que aquel tiene. . .”. Luego, ¿qué derecho real tenía el constructor sobre el edificio? ¿Se trataba de una propiedad diversa del suelo¹⁴³, reveladora de que el principio *superficies solo cedit* no operaba en general automáticamente?¹⁴⁴

ROCA SASTRE¹⁴⁵ responde a tales interrogantes, y considera que se trata de un supuesto superfluo que “no puede entrar en juego” por ser imposible en tal caso la constitución de una hipoteca. Para este autor el precepto planteaba un doble dilema: o bien, el constructor, adquiere la propiedad de lo edificado, en cuyo caso estaríamos ante

gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado”.

¹⁴⁰El artículo 107 LH de 1861, partía del hecho pacífico de un acuerdo de voluntades entre el edificante y el *dominus soli*, esto es, de que cada uno tendría una titularidad jurídico real, pero sin definir qué titularidad ostentaba el edificante. Esta indefinición motivó que nunca pudiera ser aplicado durante su vigencia, lo que además prueba que en el fondo nunca pudo ser tal hipoteca fundamento de la tesis del dominio dividido CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 321.

¹⁴¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 121 y 122.

¹⁴²Decía la Exposición de Motivos de la LH de 1861: “La primera restricción que el proyecto establece se refiere al que hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena o mala fe del edificante, o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas a una ley especial de Hipotecas, no podría la comisión entrar en tales apreciaciones; pero no debía dejar de consignar el principio de que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho real que aquél tiene, como lo exige la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos a los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí sería autorizar al edificante a que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es el que tiene también la presunción de serlo también del edificio”.

¹⁴³La admisión de que existan dos propiedades, una sobre el suelo, o la propiedad ya existente, y otra sobre lo construido provoca la dificultad de delimitar el objeto de la propiedad. Delimitación que será posible cuando se trate de un edificio de nueva construcción sobre suelo raso. La dificultad se verá incrementada cuando la construcción haya consistido en elevar una o varias plantas sobre edificio ya existente, que probablemente ha sido reforzado estructura y del que se han utilizado elementos comunes, conducciones o instalaciones. Y será empresa casi imposible si la edificación ha consistido en la realización de obras de reparación y mejora que no han alterado la sustantividad de la edificación existente. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 122.

¹⁴⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA., op. cit., pág. 325.

¹⁴⁵ROCA SASTRE, R.M^a., *Instituciones de derecho hipotecario*, T. III, Bosch, Barcelona, 1942, págs. 108 a 111.

un derecho de superficie expresamente contemplado en el apartado quinto del mismo artículo 107 LH, o bien no adquiere la propiedad del edificio, en cuyo caso “mal puede hipotecar lo que no tiene” de conformidad a lo previsto en el número segundo del artículo 1857 del C.c.

Más, asevera este autor, que el supuesto contemplado en el derogado artículo 107. 1º LH, sólo es subsumible en el previsto en los artículos 361¹⁴⁶ y ss. C.c., y si no hay convenio que otorgue, a través de un derecho de superficie, la propiedad del edificio al edificante, o por el que el edificante además del edificio haga suyo el suelo, obteniendo un dominio pleno, a aquél sólo le quedará una opción: la de ser indemnizado, siempre que haya actuado de buena fe. Además, entiende indudable que ese derecho a una indemnización no es hipotecable, porque como dice BIANCHI¹⁴⁷, quien ha construido sobre terreno de otro no tiene sobre lo construido un derecho real, sino un simple derecho personal contra el propietario del suelo y por tanto la hipoteca constituida en tales condiciones resultaría inexistente por falta de objeto.

ROCA SASTRE advierte, que en el hipotético caso de que se estimara que el edificio, mientras el propietario del suelo no opta por “indemnizar o ser indemnizado”, es propiedad del que lo construyó, existiría el obstáculo registral¹⁴⁸ (tracto sucesivo), esto es, al no existir título negocial o judicial, atributivo de esa propiedad del edificio, no habría medios hábiles para hacer constar tal propiedad (principio de previa inscripción), luego tampoco podría inscribirse sobre ella hipoteca alguna, como pone de relieve la RDGRN de 24 de abril de 1913¹⁴⁹.

Por último, este autor recuerda que “nuestro Derecho es contrario a admitir la propiedad separada simple de edificaciones”, “que no puede pensarse en la coexistencia de dos propiedades sobre cosas que forman una sola e indivisible”¹⁵⁰, y añade, que

¹⁴⁶ROCA SASTRE, R.M^a., «Ensayo sobre el Derecho de superficie», *RCDI*, N^o 392-393, Madrid, 1961, pág. 28, entiende que el artículo 361 no significa excepción alguna al principio “*superficies solo cedit*”. Para él la expresión “tendrá derecho a hacer suya la obra... previa indemnización...” induce a pensar que, al ser el *dominus soli* libre de hacerla o no suya, no nos encontramos ante una norma de *ius cogens* pero el “Código mantiene, en todo caso, la integridad de la finca edificada, pues lo edificado se lo queda el *dominus soli* o el constructor, lo que es indicio de la negativa absoluta del Código de permitir la posibilidad de la propiedad separada, base vital del derecho de superficie”.

¹⁴⁷ROCA SASTRE, *Instituciones...*, op. cit., pág. 110.

¹⁴⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 322, se plantea la posibilidad de la hipoteca de una expectativa de adquisición jurídico-real del suelo por parte del constructo, cuando el actual artículo 361 in fine ya estaba contenido en el artículo 677 del Proyecto de 1836. Y concluye que aun así subsistiría el obstáculo registral, advertido por ROCA SASTRE, el del tracto sucesivo, “pues al no haber de momento título, negocial o judicial, atributivo de la propiedad del edificio, luego tampoco podía inscribirse sobre ella hipoteca alguna”. ROCA SASTRE, op. cit., págs. 33 y 34, también en su obra *Instituciones...*, op. cit., pág. 110.

¹⁴⁹La RDGRN de 24 de abril de 1913 disponía: “no puede ser destruida por la declaración en contra, de quien en el Registro no aparece con derecho para ello y, aunque por otros motivos no procediese la aplicación de dicha presunción y se tratase de un derecho real independiente del propietario del terreno, el fundamental principio de previa inscripción impediría toda modificación hipotecaria que no hubiese sido autorizada en debida forma por la persona a cuyo favor no conste inscrito el dominio del inmueble, o decretado, en su caso, por los tribunales competentes”.

¹⁵⁰ROCA SASTRE, op. cit., págs. 33 y 34, con base en la RDGRN de 4 de noviembre de 1925, recaída

la adquisición por el *dominus soli* es a título originario por el mero hecho de la construcción; que la propiedad del suelo absorbe las cosas unidas a él, las cuales pierden su independencia y autonomía, y concluye que la conexión entre suelo y edificación “sólo cabe admitirla en virtud de la constitución de un derecho de superficie o del establecimiento de un régimen de propiedad de casas por pisos o locales y otros análogos”¹⁵¹.

De este modo, parece que quedaría resuelta la cuestión relativa al momento adquisitivo. Se adquiere el dominio de lo accesorio, “desde el momento mismo en que se practica la incorporación de los materiales al suelo”¹⁵², y tras ella (la unión indisoluble), sí que se produce una disociación¹⁵³, pero no la pretendida por el Tribunal Supremo¹⁵⁴, y por éste sector doctrinal mayoritario, sino otra que acaece con bastante asiduidad en muchos otros ámbitos del Derecho: la división entre la propiedad del todo (suelo y edificio), que en virtud del principio *superficies solo cedit* es del *dominus soli*, y la posesión que recae también sobre ese todo unitario (suelo y edificio) y que corresponde al constructor, que en tanto en cuanto no sea indemnizado¹⁵⁵ u obligado

en un caso en que por escritura pública el propietario de una finca edificada vende dos habitaciones de ella, considera que el edificio con el solar en nuestro sistema viene a formar un todo único, en el sentido económico y jurídico. Entiende que “ello no es capricho del legislador o exagerada orientación doctrinal, sino porque desde el momento en que las partes integrantes de un objeto se presentan como necesarias para la existencia del todo y son, mas que cosas independientes, verdaderos trozos que se encuentran en recíproca dependencia corporal, carecen de las condiciones presupuestas o exigidas por el mismo carácter absorbente e ilimitado del derecho de dominio, tal y como aparece reflejado en nuestras Leyes civiles”.

¹⁵¹ROCA SASTRE, op. cit., pág. 34. En idéntico sentido, DORAL GARCÍA, J.A. y TORRES LANA, J.A., “El ius aedificandi y el principio de accesión”, *RGLJ*, T. LXXXIII, Editorial Reus, 1981, pág. 32 y 34, para los que la fuerza atrayente del suelo “*superficies solo cedit*” pierde su originario ímpetu configurador con figuras tales como el derecho de superficie, a través de las cuales el *dominus soli* otorga a un tercero un derecho para edificar en su fundo, pero advierten que es preciso, en todo caso, título constitutivo expreso del derecho atribuido para enervar el principio romano.

¹⁵²SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 148.

¹⁵³Hemos de precisar que tal disociación sólo se producirá en caso de construcción en finca ajena. En tal caso desde un principio y por efecto legal de la accesión el dueño invadido se concierte en propietario del todo que comprendería suelo y construcción; la posesión también recae sobre ese todo unitario e indivisible y correspondería al constructor. Sin embargo en el supuesto contemplado en el artículo 360 C.c., no habrá ningún problema a los efectos adquisitivos, ya que el *dominus soli* adquiere *ipso iure* y *ab initio*, desde la incorporación la propiedad de los materiales empleados. En contra de esto último ALBALADEJO, CARRASCO PERERA y MOLL DE ALBA LACUVE.

¹⁵⁴Puede verse algún titubeo a la accesión automática en las SSTs de 12 de mayo de 1930 (JC, 113), 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759) y 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6520). Concretamente la STS 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759) dispone, que el artículo 358 del Código civil “no precisa de opción ni de declaración previa para atribuir al propietario del terreno el dominio de lo construido sobre el mismo”. La STS de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6520) refiriéndose a un supuesto de construcción en finca ajena de buena fe, dispone: “la declaración de procedencia de la accesión es condición previa para que nazca la obligación del dueño de la cosa principal a indemnizar al poseedor de buena fe” y “hasta el momento en que se indemnice al poseedor de las mejoras realizadas en la cosa, no se haga entrega al que la ha adquirido por accesión declarada a su favor, de la tenencia material de la misma”.

¹⁵⁵El pago de la indemnización debe ser considerado como una obligación nacida de la atribución de la propiedad al dueño del suelo, nunca como elemento necesario o requisito previo para que entre en juego la accesión. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 69.

a comprar, podría llegar a adquirir ese todo por usucapión extraordinaria por falta de título. Al no ser “la incorporación” título de adquisición del dominio.

3.3. Otros efectos jurídico-reales de la accesión: Adquisitivos, extintivos y registrales

Con la adquisición de la propiedad del todo resultante de la unión, como efecto primordial de la accesión, se producen necesariamente otros efectos colaterales, unos sustantivos y otros registrales.

Centrándonos en los aspectos estrictamente civiles, como reverso a la adquisición de la propiedad de lo accesorio¹⁵⁶, se producirá la extinción de tal propiedad respecto de su antiguo dueño¹⁵⁷; así en el supuesto del artículo 360 C.c. la adquisición de la propiedad de los materiales por el *dominus soli* supondrá la extinción correlativa y automática del dominio de quien hasta la unión indisoluble era su anterior dueño; y en el supuesto de los artículos 361 y ss C.c., el dueño del solar invadido adquirirá la obra¹⁵⁸ con la correlativa pérdida, por parte del invasor, de la propiedad de los materiales con que se hizo la construcción. Lo que podrá tener su consecuente reflejo en el Registro de la Propiedad¹⁵⁹ a través de la declaración de la obra nueva¹⁶⁰

¹⁵⁶CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La accesión horizontal...*, op. cit., pág. 346.

¹⁵⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 72.

¹⁵⁸Salvo que el *dominus soli* rechace la accesión ganada e imponga la venta forzosa del terreno al *dominus materiae*.

¹⁵⁹Los partidarios de la tesis mayoritaria de la accesión diferida al pago insinúan, que mientras el *dominus soli* opta se proceda a practicar la mención registral (*ex* artículo 29 LH) de lo construido sobre el suelo y de la expectativa jurídico-real adquisitiva que sobre el suelo existe, a la espera del ejercicio de la opción del artículo 361 C.c. Mención registral como recurso para dejar constancia en el Registro de la Propiedad, de un dominio que según la doctrina mayoritaria no es de nadie, o es, provisionalmente del constructor. Mención, considerada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 346, como inexistente, o invariable, e impotente, que absolutamente nada vale frente a terceros (cfr. artículos 29, 98 LH, y 355 RH).

¹⁶⁰CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit. pág. 85, definen la declaración de obra nueva como un simple consentimiento formal para la práctica de la inscripción de la nueva construcción y que como todo acto de transcendencia registral, está sujeto a los principios de legitimación y tracto sucesivo. Es un acto puramente unilateral, por el que el dueño o dueños de la obra manifiestan su voluntad de que la misma acceda al Registro. Añaden que como requisitos formales, ha de constar en escritura pública, y no en simple acta notarial; aunque puede también practicarse en virtud de expediente de dominio. En términos parecidos FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 2958, la define, como aquella declaración de voluntad efectuada por el propietario de una finca inmatriculada en el Registro, consignada en escritura pública, u otro título inscribible, en la que éste hace constar el hecho de haberse concluido o comenzado en la finca nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras si es urbana, u otras obras nuevas análogas, al efecto descritas, y cuya declaración se formula a los fines de su inscripción. Es por tanto la obra nueva un instrumento jurídico para solventar en el Registro de la Propiedad una discordancia sobrevenida en una finca inscrita. En este sentido la RDGRN de 21 de febrero de 2005, (RJ 2005/ 1735) que dispone “... desde el punto de vista del Derecho civil, la construcción presupone que la hayan precedido determinadas relaciones contractuales entre el constructor y terceras personas. Ahora bien, una vez realizada la obra, su acceso al Registro de la

ex artículo 208 LH¹⁶¹ y 308 RH¹⁶².

Junto a estos efectos principales, sustantivos y registrales, hay otros secundarios que pueden surgir *ex novo*, es el caso de aquellos derechos y cargas reales, que hacen viable esa propiedad nueva surgida de la unión irreversible, como pueden ser las servidumbres (de paso, luces y vistas. . .)¹⁶³, pero también resultarán afectados los derechos y cargas reales que ya existían con carácter previo a la unión sobre la propiedad principal, o sobre la accesoría.

Ocurre, que el Código civil no contiene en sede de accesión, norma que resuelva la cuestión relativa a qué acontece con los derechos que sobre la cosa principal o accesoría pudieran tener terceras personas¹⁶⁴. Es más, el Código civil guarda silencio absoluto

Propiedad tiene lugar como la simple constatación de un hecho con independencia de los contratos que lo hayan originado. Desde el punto de vista hipotecario, las obras nuevas, lo mismo que las plantaciones de una finca rústica, no pasan de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca. Sólo así cobra sentido la posibilidad de que aquéllas puedan inscribirse por su descripción en los títulos referentes al inmueble, es decir, como simple complemento a otro título inscribible”, y en idéntico sentido, la STS de 27 de junio de 1992 (RJ 1992/5562). DE TENA Y MARTÍN, V., “Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad”, en *Información Jurídica*, 1952, págs. 663 y 664, se muestra extrañado, con cita de SÁNZ FERNÁNDEZ, de que en un sistema en el que no existen garantías de ninguna clase para asegurar la exactitud de la descripción de la finca se haya tratado de asegurar la veracidad de éstas respecto de la edificación, es decir, de una circunstancia cuya expresión en el Registro no es necesaria, y que en caso de constar no produce efectos jurídicos, ya que, los detalles descriptivos de las fincas no están protegidos por la legitimación, ni por la fe pública del Registro. Vid. también ARNÁIZ RAMOS, R.: *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva*, Bosch, Barcelona, 2013., págs. 63 y ss. que se ocupa detalladamente del procedimiento y de los requisitos que han de concurrir para la inscripción de la obra nueva. Y CÁNOVAS COUTIÑO, G., “La accesión y el Registro de la propiedad”, *RCDI*, N° 295, págs. 903 a 917, 1952, (23-05-2017).

¹⁶¹El artículo 208 LH, dispone: “Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto Director de la obra o del Arquitecto Municipal”.

¹⁶²El artículo 308 del RH, establece: “Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones así como la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas, podrá efectuarse: Primero. Mediante su descripción en los título referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora. Segundo. Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva, en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida”. Para el caso de construcción extralimitada, la obra nueva deberá ir precedida de la oportuna segregación de terrenos y posterior agregación, de conformidad a lo previsto en el artículo 20 LH, y dado este paso previo, y practicada la inscripción, se procederá a la declaración de la obra nueva de la totalidad de la superficie construida ex artículo 208 LH y 308 RH. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., HERNÁNDEZ GIL, F., y MIRANDA DE LAS HERAS, J. M., *Ley y Reglamento Hipotecario, Leyes complementarias. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 8ª edición, Codex, Madrid, 2005, págs. 260 y 531.

¹⁶³CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 347.

¹⁶⁴Frente al silencio del Código civil en sede de accesión, respecto a la concreción del destino final

cuando los mismos recaen sobre la cosa accesorio. Sólo hay alguna norma aislada, y nada completa en sede de usufructo (artículo 479 C.c.), enfiteusis (artículo 1632 C.c.) e hipoteca (artículo 1877 C.c.), que limitan sus efectos, única y exclusivamente, a la cosa principal, el suelo. Según las cuales, los derechos y cargas reales existentes con carácter previo a la accesión sobre la cosa principal, se extenderán a lo accedido, y por el contrario, los recaentes sobre la cosa accesorio, se extinguirán¹⁶⁵.

DÍEZ PICAZO¹⁶⁶, es uno de los pocos autores que se ha detenido en el análisis de los efectos colaterales de la accesión, aunque de modo tangencial, sólo en lo relativo a la extensión o no de los derechos reales limitados existentes sobre la cosa principal al todo resultante de la unión, y entiende necesario, como punto de partida, delimitar los diferentes momentos en que el fenómeno se produzca.

Así, si la accesión o la unión indisoluble ha sido anterior al momento de la constitución del derecho real (v. gr., los edificios estaban ya construidos o las plantaciones realizadas), no habrá consecuencia propia del fenómeno de la accesión, sino de la idea misma de la unidad real, y del carácter de inmueble único según el artículo 334 del C.c.

Para él, la cuestión analizada rigurosamente surge cuando la incorporación o accesión industrial se produce después de estar constituido el derecho real, y en tal caso, distingue tres supuestos: primero, que sea el autor de la incorporación o construcción el titular del derecho real limitado¹⁶⁷ por ejemplo, el usufructuario, en cuyo caso entendemos que se resolverá la cuestión al terminar el usufructo por las reglas que rigen éste (*lex specialis derogat legi generali*),¹⁶⁸; segundo, que se haya llevado a cabo la

de las cosas unidas, de las cargas reales y demás derechos que terceros pudieran ostentar sobre las mismas, el B.G.B es claro, y tajante en esta materia cuando afirma “El propietario de la cosa inmueble obtiene también la propiedad de la nueva parte integrante. Los derechos limitados existentes sobre la cosa inmueble, y en particular las hipotecas, se extienden a aquella parte. A la vez se extinguen la anterior propiedad de la cosa mueble y todos los demás derechos que recaen sobre ella (§§ 946,949). Esto es derecho absoluto. Es ineficaz una reserva de propiedad de los materiales de construcción, que pudiera sobredurar al acto de la construcción. . .”. ENNECERUS, op. cit., págs. 428 y 429.

¹⁶⁵Como afirma CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 347, esta fuerza expansiva, y extintiva colateral, se justifica por la inseparabilidad de los derechos reales limitados, y de las cargas reales a la propiedad que gravan, al objeto sobre el que recaen.

¹⁶⁶Para DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 292, una exacta delimitación del ámbito de aplicación de la accesión exige plantear dos tipos de problemas. El primero, sería determinar si su influencia se produce únicamente en la órbita del derecho de dominio, o si por el contrario, trasciende de ella. En segundo lugar, hay que preguntarse si la figura de la accesión se limita a los supuestos típicos legalmente enunciados, o comprende, o puede comprender algunos otros distintos. Para dar solución a tales interrogantes contraponen la regulación que el Código dedica a la accesión dentro del título que el Código dedica a la propiedad (artículos 353 y ss. C.c.) y los preceptos en donde reaparece la figura, artículos 479, 1632 y 1877 C.c.

¹⁶⁷Considera DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 294, que el derecho real (usufructo) se extenderá a la accesión, y que además, encontrarán aplicación en relación al nudo propietario los preceptos correlativos, a menos que entre ellos hubiera un pacto especial, o que existiere un precepto que también sea de carácter especial (cfr. el artículo 518 C.c., para el caso de reedificación y el artículo 487 C.c., referido a las mejoras por el usufructuario).

¹⁶⁸SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 125.

construcción por el *dominus soli*, en cuyo caso serían de aplicación las normas de accesión¹⁶⁹, aunque DÍEZ PICAZO, no entiende muy bien la razón de que la obra tenga, por regla general, que beneficiar a los titulares de derechos reales en cosa ajena; y tercero, y más difícil de resolver, que la incorporación se haya hecho por un tercero ajeno al titular del derecho real limitado y al *dominus soli*.

Así las cosas, y para alcanzar una mayor claridad expositiva distinguiremos según los derechos de terceros recaigan sobre la cosa accesoria, esto es, los materiales, o sobre la cosa principal, el *solum*.

3.3.1. Derechos de terceros sobre los materiales

Como refiere la profesora NÚÑEZ BOLUDA¹⁷⁰, los supuestos de existencia de derechos reales sobre los materiales, en la práctica, son poco probables, y típicos de seminario jurídico como, por ejemplo, un usufructo viudal que resulte de las operaciones particionales de una herencia en cuyo caudal relicto hubiere una cantidad importante de materiales, o puede tratarse de la incorporación de materiales sometidos a reserva de dominio¹⁷¹, o es posible que se constituya un derecho de prenda sobre tales materiales. En cualquier caso, tanto en el supuesto de construcción en suelo propio, como en ajeno, los derechos reales sobre los materiales siguen la misma suerte que el dominio sobre los mismos, esto es, se extinguirán.

¹⁶⁹La construcción se realiza por el *dominus soli* empleando materiales ajenos, ya que de no ser así entrarían en juego los preceptos que aunque ubicados en sede de accesión (353 y 359 C.c.), hacen referencia no al principio *superficies solo cedit*, sino al medieval *cuius est solum eius est ad coelum usque ad infernos*, expresivo de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo en el espacio vertical y de la plenitud de facultades jurídicas que el ordenamiento reconoce al *dominus soli*, ejercitadas *iure proprietatis*, no *iure accessionis*. Así lo advierte en la doctrina española, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 327. GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 148. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 115. MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 11, nota 229. Esto mismo se mantiene en la doctrina francesa, respecto a los correlativos a nuestros artículos 353 y 359 del C.c., los artículos 552 y 553 del Code, MARTY, op. cit., pág. 65. Principio medieval al que hace referencia el Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala de lo civil de 23 de junio de 1998 (RJ 1998/4744) que manifiesta: “Al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión-en caso de inmueble- no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo- lo que está encima- y al subsuelo- lo que está debajo- siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera et usque ad infernos*”. También, la RDGRN de 26 de junio de 1987 (RJ 1987/4841) afirma, en referencia, entre otros artículos, al 350 del Código civil, que: “. . . el dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos. . .”.

¹⁷⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 70.

¹⁷¹La conocida cláusula de reserva de dominio, que es de estipulación voluntaria, afecta a la transmisión de la propiedad, sometiéndola a la condición suspensiva del pago total del precio aplazado. La cosa pertenece al vendedor hasta el total desembolso del precio, mientras que el comprador no tiene más que un derecho o expectativa o un *ius ad rem* sobre la misma. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Editorial Moneda y Crédito, 1971, también en *RCDI*, N° 488, 1972, págs. 201 a 206.

Aunque, quienes fueron titulares de tales derechos reales no quedarán desamparados¹⁷². Así, el que fue dueño de los materiales puesto que no puede reivindicar¹⁷³, tendrá un derecho de crédito contra el edificante por el valor de los mismos, que para el supuesto de edificación en suelo propio lo reconoce el artículo 360 C.c., más daños y perjuicios, para el caso de que el *dominus soli*-constructor actuara de mala fe. Y quienes fueron titulares de los derechos reales limitados extintos podrán reclamar su equivalente económico al *dominus materiae*, e incluso, en caso de concurrir los presupuestos legales, podrían dirigirse contra el *dominus soli* en ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1111 del C.c. Ahora bien, esta acción subrogatoria, en el supuesto de edificación en suelo ajeno, solamente puede ser ejercitada si el edificante es de buena fe, en caso contrario, si es de mala fe, al no poder reclamar éste al *dominus soli*, tampoco tendrá cabida el recurso a la referida acción subrogatoria. Aunque quizá sí que cupiese el recurso a la acción de enriquecimiento sin causa para paliar el correlativo empobrecimiento padecido.

Es supuesto más frecuente que los materiales hayan generado *inter partes* derechos personales, en concreto, una obligación de pago de su propietario para con un tercero como consecuencia de su fabricación, transporte, conservación, o que se trate de cantidades pendientes de pago por la compra de tales materiales, o incluso, cabe la posibilidad de que el *dominus materiae* haya sido declarado en concurso de acreedores¹⁷⁴, entre otras circunstancias posibles. En tales casos, los titulares de los derechos de crédito podrán dirigirse contra el deudor, el *dominus materiae*, que responderá con todos sus bienes en el cumplimiento de su obligación de pago. Es más, es posible que los acreedores, si concurrieren los requisitos de la acción subrogatoria del artículo 1111 del C.c., pudieran dirigirse contra el *dominus soli* favorecido, salvo que nos encontremos ante el supuesto de edificación en suelo ajeno, y el edificante haya actuado de mala fe, ya que en virtud del artículo 362 C.c., perdería lo edificado sin derecho a reclamar indemnización al *dominus soli*. Aunque parece que sí les resultaría posible el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa.

¹⁷²NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 72 y ss.

¹⁷³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 261.

¹⁷⁴Producida la accesión, al quedar incorporados los materiales al suelo, no cabe hablar de las preferencias de cobro de los acreedores del concursado previstas en el artículo 1922 del C.c., esto es, no es posible hacerse cobro sobre tales materiales, ni un derecho de separación de la masa de la quiebra porque no hay materiales que separar. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 72. De especial interés el trabajo realizado por DÍEZ SOTO, C., "Resolución y concurso", *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, coord. por I. González Pcanowska, C. L., García Pérez, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 339 y ss., donde analiza la incidencia de la declaración de concurso en las relaciones contractuales bilaterales constituidas entre deudor y determinados acreedores antes de la declaración de concurso y pendientes total o parcialmente de ejecución en el momento de declaración concursal. Así, para el caso de obligaciones pendientes, como es el pago de los materiales en el caso de declaración del concurso del *dominus materiae*, se incluirán en la masa activa del concurso (artículo 61.1 LC) y tales derechos del *dominus materiae* podrán ser ejercitados por el propio concursado o por los administradores del concurso, en función del régimen de intervención o suspensión de facultades patrimoniales del concursado acordado. DÍEZ SOTO, op. cit., págs. 345 y 346.

3.3.2. Derechos de terceros sobre la cosa principal

El terreno sobre el que el *dominus soli* realiza la obra con empleo de material ajeno o sobre el que un tercero lleva a cabo la edificación, puede estar gravado con un derecho real limitado o de naturaleza personal. El caso es que las reglas sobre accesión industrial sólo contemplan la relación entre el dueño del predio y el tercero, esto es, alguien ajeno a la relación arrendaticia, usufructuaria, etc, que edificó, plantó o sembró de buena o mala fe, y no contempla la posición de quién ostenta un derecho personal o real sobre el bien¹⁷⁵. La cuestión que se nos plantea¹⁷⁶ es si ese derecho se extiende o no a la nueva edificación efectuada por ese tercero ajeno o por dueño del *solum* (para el caso contemplado en el art. 360 C.c.), esto es, si la influencia de la accesión se produce únicamente en la órbita del derecho de dominio o si trasciende a ella¹⁷⁷.

DÍEZ PICAZO¹⁷⁸, muy crítico con el principio *superficies solo cedit*, considera que los preceptos referidos a los derechos reales limitativos en materia de accesión, especialmente, los artículos 479 C.c. (usufructo), 1632 C.c. (enfiteusis) y los relativos a la extensión objetiva de la hipoteca, “cuadran muy bien con las accesiones naturales”, pero respecto a la accesión industrial considera, que no se aplican, o son de muy difícil aplicación (refiriéndose a los artículos 479 y 1632 C.c.), y que en materia de hipoteca “hay una clara diferencia entre la llamada accesión natural y las demás formas de incorporación o accesiones industriales”¹⁷⁹. En concreto, su negativa a la extensión del usufructo a las accesiones por obra de terceros, como regla derivada de la pura lógica jurídica, la fundamenta en tres argumentos; primero, señala que en el Derecho alemán se concede al usufructuario de un fundo el disfrute de lo que inicialmente es el fundo, pero no el disfrute de lo que a él se incorpore; segundo, subraya que el artículo 596 del Código francés previene que el usufructuario disfruta de los crecimientos por aluvión, pero no más; y tercero, esgrime la letra de la Ley 30 del Título 28 de la Partida III¹⁸⁰, que para el usufructo contemplaba sólo las accesiones naturales.

¹⁷⁵CLEMENTE MEORO, M.E., “Comentario al artículo 479 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III., Dir por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 3870 a 3873.

¹⁷⁶CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3872, se plantea hasta qué punto ese usufructuario ocupa la posición del propietario respecto de quien edificó, plantó o sembró.

¹⁷⁷DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 292.

¹⁷⁸DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 293.

¹⁷⁹DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 293, considera que “las accesiones naturales constituyen con la finca un todo homogéneo y determinan una automática extensión objetiva que produce su efecto no sólo en la esfera del dominio, sino en relación de cualesquiera otros derechos reales inmobiliarios”.

¹⁸⁰Nuestro Código ha modificado las leyes de Las Partidas, ya que la Ley 30 del título 28 de La Partida III, contemplaba las accesiones naturales y se las negaba al usufructuario. Dice que “podrie acaescer que algunt home habrie el usufructo para en toda su vida en alguna heredit que estodiese en la ribera de algunt rio, ó la ternie en feudo: et maguer deximos en la quarta ley ante desta que la isla que se ficiese dentro en el rio, que la deben partir entre sí los que hobieren las heredades en la ribera dél, segunt que allí mostramos; con todo eso non se entiende que debe haber ninguna parte de la isla et el usufructo della pertenesce a aquel cuya es la propiedat de la heredit. Mas si por aventura á la heredit en que hobiese el usufructo algunt home ó que toviese en feudo, se acresciese en ella alguna cosa por ayuda del rio, aquello que desde el río contra la heredit se ayuntare á ella, en salvo le finca el usufructo en ello al que la tiene por alguna destas razones, también como en la otra heredit á que se ayuntó”. *Las*

Así las cosas, y una vez centrada la cuestión cuando la incorporación se produce después de constituido el derecho real (también personal), se estará, en cada supuesto concreto, en primer término, a la concreta voluntad de las partes, a la específica relación o negocio jurídico que las vincula, en donde pueden haber pactado, entre otras cosas, que el derecho de que se trate se extienda o no a las accesiones o edificaciones¹⁸¹. Ahora bien, en defecto de pacto o de concreción en el título constitutivo, las normas que disciplinan la concreta relación las soluciones legales podrían ser las que a continuación se detallan:

3.3.2.1. Arrendamiento

Si la finca está arrendada, con carácter general en el marco de la relación arrendaticia y de conformidad a su régimen legal especial, el *dominus soli*-arrendador¹⁸² no podrá hacer más, en principio, que las obras de reparaciones necesarias a las que está obligado *ex* artículo 1554.2º C.c.¹⁸³, con el fin de conservar la cosa arrendada en el estado en que se le entregó y servir para el uso a que ha sido destinada. No tiene cabida entonces, que el arrendador realice mejoras útiles o de lujo, ni edificaciones de nueva planta porque, salvo acuerdo expreso¹⁸⁴, estaría impidiendo el goce pacífico de la cosa arrendada¹⁸⁵, y podría el arrendatario exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, y en su caso, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (artículo 1101 y ss. Del Código civil) o sólo esta última (artículo 1556 C.c.)¹⁸⁶. Es más, la edificación podría ser configurada como una perturbación, y el arrendatario interponer acción de cesación para que se condene al arrendador a dejar de hacer lo que hasta entonces le molesta o perturba¹⁸⁷. Pero además, como poseedor inmediato de la cosa

siete Partidas del Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo II, Madrid, 1807.

¹⁸¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 51.

¹⁸²Está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, absteniéndose de realizar conductas que impidan al arrendatario disfrutar plenamente del bien arrendado, mientras dura el contrato. Sin que quepa pacto en contrario, so pena de dejar a su arbitrio el cumplimiento del contrato, lo que está prohibido por el artículo 1256 C.c. GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario al artículo 1256 y ss. C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 9023 a 9025.

¹⁸³QUICIOS MOLINA, M^a S., “Comentario al artículo 1544 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11001 y ss.

¹⁸⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 52. Acuerdo que debe comprender la autorización del arrendatario a la realización de las obras por parte del arrendador y en el que se hará constar la extensión o no del arriendo a esas nuevas construcciones. En cualquier caso la extensión del usufructo arrendamiento a las obras realizadas por el nudo propietario-constructor (artículo 360 del Código civil) en *nada afecta* a la obligación de pago de los materiales ajenos empleados, que recaerá en el *dominus soli* enriquecido.

¹⁸⁵QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 11002, de forma tajante manifiesta que la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento es extensible a todo tipo de arrendamiento (artículo 1554.3º C.c), y es exigible por todo arrendatario aun cuando el arrendamiento esté sujeto a una ley especial.

¹⁸⁶QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 11019.

¹⁸⁷La perturbación es tratada por un sector doctrinal como un “Eingriff” consistente en la intromisión en la esfera jurídica patrimonial ajena. La justificación dogmática de la prohibición de ganancia obtenida

arrendada, el arrendatario también tendría a su favor los interdictos posesorios¹⁸⁸ (artículos 446 C.c. y 250 LEC)¹⁸⁹. Ahora bien, aclaramos que lo dicho hasta aquí opera con vocación de generalidad, conscientes de que en caso de que se trate de edificación ejecutada en finca rústica por el arrendatario, la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos¹⁹⁰ contiene un régimen especial y detallado que resuelve toda cuestión suscitada sobre las obras de conservación y mejora que se realicen sobre la finca arrendada (cfr. artículos 17 a 21 LAR)¹⁹¹. Recordemos, *lex specialis derogat legi generali*.

En otro orden de cosas, también cabría la posibilidad de que la edificación fuese llevada a cabo por un tercero ajeno a la relación arrendaticia. En tal caso, si tenemos presente que no es el *dominus soli* quien ostenta la posesión inmediata del bien, y por tanto, que no podrá percatarse de si se ha sembrado, plantado o edificado en su *solum*, y que es obligación del arrendatario la comunicación al propietario de cualquier hecho o novedad dañosa, como puede ser la ocupación y realización de una construcción por un tercero (vid. artículo 1559 C.c.), consideramos que el arrendatario que no ha impedido las obras, las cuales se han ejecutado “a su vista, ciencia y paciencia”, o que no ha avisado de su ejecución al propietario, incumple su obligación de “poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada”, y quedará obligado al pago de indemnización al *dominus soli*-arrendador, por los daños que por su incumplimiento le hubieren sido irrogados¹⁹².

por intromisión en patrimonio ajeno se elabora a través de una inversión de la mecánica indemnizatoria: en el derecho de enriquecimiento no se trata de que el patrimonio de la víctima recobre situación que tendría de no haberse producido la acción dañosa, sino más bien de que el patrimonio del intromisor retome la situación que hubiese tenido de no haberse producido la intromisión que ocasiona la ganancia. SCHULTZ, “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, Acp, 105, 1909, págs. 1 y ss. Traducido por DÍEZ PICAZO: teoría de la antijuridicidad y teoría de la atribución, y recogida por BASOZABAL ARRUE, X.: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 54 y ss

¹⁸⁸La restitución en la posesión pacífica del bien arrendado, en caso de que el arrendatario hubiera sido perturbado o despojado violentamente de el bien por el arrendador puede conseguirse salvo que se encuentre en posesión del bien un tercero de buena fe (se lo arrienda el despojante). QUICIOS MOLINA, op. cit. pág. 11020. VÁZQUEZ BARROS, S., *Los interdictos, Acciones posesorias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 263 y ss.

¹⁸⁹QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 11019

¹⁹⁰En materia de arrendamientos rústicos la LAR contiene en sus artículos 17 a 20 un régimen particular de conservación y mejora de la cosa arrendada, y debe destacarse que el artículo 18 LAR desarrolla, con carácter imperativo, la obligación del arrendador de conservar la finca arrendada y pese a que el artículo 20 habla de reparaciones (además de mejoras e inversiones propias del empresario agrario) a cargo del arrendatario, éstas suponen gastos de conservación a cargo del arrendador por imposición del artículo 18 LAR. QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 11002.

¹⁹¹Señala, COBACHO GÓMEZ, J.A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2006, págs. 567 y 568, que aunque falte un precepto específico donde se prohíba la renuncia del arrendatario a los beneficios concedidos por la LAR, de su regulación se deduce que sólo las mejoras útiles y voluptuarias son susceptibles de acuerdo en los términos previstos en el artículo 21 LAR.

¹⁹²QUICIOS MOLINA, “Comentario al artículo 1559 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11052.

Perjuicios, que a juicio de algún autor¹⁹³ comprenderían, entre otros, el pago de la indemnización (artículo 361 C.c., en relación con los artículos 453 y 454 C.c.) que el *dominus soli* debe satisfacer al tercero que edificó, en caso de que éste obrara de buena fe, y aquél hubiere optado por hacer suya la obra. Sin embargo, no podemos compartir tal toma de postura, pues si la obra es finalmente deseada, o al menos, aceptada por el *dominus soli*, él será quien resulte enriquecido, y sobre él deberá pesar la deuda de abono de su valor.¹⁹⁴

Idéntica conclusión alcanzamos, si el arrendatario no hubiera incumplido sus obligaciones ex artículo 1559 C.c., y hubiere comunicado al *dominus soli*-arrendador el hecho del tercero. Será el propietario el que quede obligado frente al constructor, si bien la obra aprovechará al arrendatario, pues es éste el que ve ampliado su derecho de disfrute, siempre y cuando, la edificación no le impida el goce pacífico de la finca arrendada¹⁹⁵. Concluimos de modo parecido, para el supuesto de que la edificación se ejecutara por tercero de mala fe, en cuyo caso el *dominus soli* podrá optar por quedarse con la edificación sin abonar nada a cambio, lo que aprovechará al arrendamiento, u

¹⁹³Hacemos extensible al arrendamiento lo afirmado para el usufructo por GARCÍA PÉREZ, C., “Comentario al artículo 479 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, Coord. Por J.J. Rams Albesa, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 724.

¹⁹⁴Conforme con lo afirmado, DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301. Ahora bien, cosa distinta será que el *dominus soli* rechace la obra y opte por la opción de venta del terreno al edificante y se dirija contra el arrendatario en reclamación de los daños que le han causado el incumplimiento de su obligación.

¹⁹⁵Dispone el artículo 1560 C.c., que el arrendador no está obligado a responder de las perturbaciones de mero hecho que un tercero cause en el uso de la finca arrendada, aunque si de algún modo colabora en esa perturbación, no podrá ser invocado el referido precepto. Funciona así este precepto como límite a la obligación que pesa sobre el arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada mientras dure el arrendamiento (cfr. 1554.3º Código civil). Con base en ello, el *dominus soli*-arrendador sólo responde si el arrendatario no puede usar la cosa arrendada tal y como se convino como consecuencia del ejercicio de un derecho de tercero, y si ese derecho de tercero no existe no habrá responsabilidad. Será el arrendatario el que tendrá “acción directa” contra el perturbador de hecho, acción basada en la posesión, y para el caso de ser inquietado en ella deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen, así como en su caso ser indemnizado por los daños que le hubieren sido irrogados (artículo 1902 C.c.). No obstante lo anterior hay un franja conflictiva expuesta en la SAP Asturias, Sección 5ª (AC 1997/232) en la que se declara que sobre la interpretación del artículo 1560 C.c. hay dos corrientes doctrinales: 1º los que entienden que si el tercero, de buena fe e invocando un título de derecho más o menos eficaz, realiza, o incluso prepara algún acto contra cualquiera de las facultades dominicales de la cosa arrendada corresponderá al dueño salir en defensa de ese ataque, mientras si ese tercero actúa por capricho o mala fe, queriendo impedir el uso del arrendatario o arrebatarle la posesión, será el arrendatario el que deba reaccionar contra él (vid. STS 23 de julio de 1993 (RJA 1993/6284); 2º los que consideran que si el tercero realiza una actuación que afecta a la pacífica posesión del arrendatario sin tener derecho reconocido para ello, esto es, no basta que el tercero alegue y crea tener un derecho sobre la cosa arrendada que en realidad no ostenta, en tal caso, esa actuación debe considerarse de mero hecho. El ejercicio por un tercero de un mejor derecho que el del arrendatario a poseer la finca arrendada, puede conducir a la pérdida por evicción de la cosa arrendada, lo que permitirá al arrendatario reclamar el correspondiente saneamiento por evicción de conformidad a lo previsto en el artículo 1553 C.c.. Habrá, por tanto, incumplimiento de la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada y pérdida por evicción lo que le permitirá reclamar con base al artículo 1556 o 1553 C.c. QUICIOS MOLINA, op. cit., págs. 11018, 11020, 11052.

optar por la demolición, que también podría ser interesada por el arrendatario en caso de que le impidiera el goce pacífico de la finca arrendada.

Por último, sería posible que el *dominus soli*-arrendador no optase por la adquisición de la edificación, y exigiera al edificante de buena fe, el precio del terreno, en cuyo caso el tercero constructor adquirirá el terreno edificado por imposición de quien era su propietario, y el arrendamiento no tendrá eficacia¹⁹⁶, ni será oponible frente a terceros adquirentes a título oneroso¹⁹⁷, salvo pacto en contrario¹⁹⁸, o en caso de inscripción registral¹⁹⁹ del mismo.

¹⁹⁶La extinción del arrendamiento antes de tiempo genera, evidentemente, una responsabilidad a cargo del arrendador por no mantener al arrendatario en el goce pacífico de la finca. QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 10997.

¹⁹⁷Según QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 10966, el arrendamiento es ineficaz frente a terceros adquirentes a título oneroso aunque no hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad y por tanto podrán dar por extinguido el arrendamiento para recuperar la posesión de la finca arrendada. Así resulta de una interpretación sistemática del artículo 1549 con los artículos 1257 (el derecho del arrendatario es un derecho de crédito que nace de un contrato) y 1571 C.c.

¹⁹⁸Este pacto plantea el problema de delimitar quiénes son las partes del mismo. Ya que un pacto entre arrendador y arrendatario en el que se acuerde que el arrendamiento será oponible en caso de venta de la finca, no tendrá eficacia si el adquirente de la finca no consiente el mismo “res inter alios acta” (artículo 1257.1 C.c.). Un pacto entre arrendador y adquirente, sobre la subsistencia del arrendamiento, sería perfectamente válido y eficaz y beneficiaría al tercero afectado, esto es, al arrendatario. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 2011, pág. 839), es a este pacto al que se refiere el artículo 1571 C.c. Pero un pacto entre comprador y arrendatario también tendría cabida en la expresión “salvo pacto en contrario” con plena eficacia contractual *inter partes*, según defiende, QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 11120.

¹⁹⁹El comprador no tendrá derecho a que termine un arriendo vigente al verificarse la venta si el arrendamiento estuviere inscrito. El artículo 1571 C.c. establece expresamente que el comprador tendrá derecho a que termine el arriendo vigente “salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria” (cfr. artículo 32 LH). La inscripción en el Registro de la Propiedad hace oponible un arrendamiento a un tercero ajeno al contrato (como establece el artículo 32 LH), en garantía así, de la pacífica posesión del bien arrendado por el tiempo que dure el arrendamiento. Pero esta oponibilidad no significa que se trate de un derecho real (en contra llamativamente lo afirmado en la STS de 28 de marzo de 1990 (RJ 1990/1737), son razones de política legislativa las que hacen que el legislador permita tal inscripción, y en consecuencia, no se producirán determinados efectos conectados con la naturaleza de los derechos reales inscritos como la adquisición por usucapión. QUICIOS MOLINA, op. cit., pág. 11113.

3.3.2.2. Usufructo

El artículo 479 C.c.²⁰⁰ amplía por Ley el derecho de disfrute a lo que por accesión se añada o aumente el bien usufructuado²⁰¹. Como es sabido, el usufructuario tiene derecho de disfrute sobre toda la extensión del bien usufructuado²⁰², y en defecto de concreción en el título constitutivo, corresponde al usufructuario el disfrute del subsuelo y el vuelo en idénticos términos en los que correspondería al propietario, extendiéndose no sólo a la cosa principal, sino también a las cosas accesorias y pertenencias²⁰³. Sin embargo, la cuestión se nos plantea en el supuesto de que con posterioridad a la constitución del usufructo se lleve a cabo una edificación integrada funcionalmente con el *solum*, ejecutada por el nudo propietario con empleo de material ajeno, o por un tercero ajeno a la relación usufructuaria²⁰⁴.

En el primero de los supuestos, habrá que estar al régimen específico de la institución usufructuaria. Así, el nudo propietario, aparte de las reparaciones ordinarias para el caso de que el usufructuario obligado no las hiciera (artículo 500 C.c.), está obligado a realizar las reparaciones extraordinarias (artículo 501 C.c.) a las que se extenderá el usufructo, ex artículo 479 C.c., con derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo (artículo 502 C.c.). Al margen de lo referido, el nudo propietario podrá también realizar otras edificaciones siempre que con ello no disminuya el valor de lo usufructuado ni se perjudique el de-

²⁰⁰El artículo 479 C.c., manifiesta que: “el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga su favor, y en general, de todos los beneficios inherentes a la misma”. Este precepto revela que el usufructo es un derecho de goce de contenido general, de modo que corresponden al usufructuario no sólo los frutos, sino todos los provechos, beneficios y utilidades que corresponderían al dueño de no existir usufructo. CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3870. Y por ello creemos que también aprovecha al usufructuario la presunción del artículo 359 del C.c. GARCÍA PÉREZ, op. cit., pág. 726. También considera MALUQUER DE MOTES BERNET, “Comentario al artículo 479 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. I Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1283, que el artículo 479 C.c. “está contemplando estrictamente aquellas situaciones de accesión, ya producidas por la naturaleza, ya por un tercero, y en ningún caso contempla las modificaciones o aumentos que pueden realizar el propietario o el propio usufructuario, que pudieran afectar a la identidad del objeto por atentar contra la sustancia o forma del mismo, para lo cual el CC ya dispone de artículos propios en donde regula las consecuencias de estas situaciones”.

²⁰¹GARCÍA PÉREZ, “Comentarios...”, op. cit., pág. 724 a 726. Advierte esta autora, que se trata de una norma de carácter dispositivo, por lo que si en el título constitutivo del usufructo se excluyese tal posibilidad, el derecho del usufructuario quedaría reducido a los límites que desde inicio del mismo tuviese el bien, como así ocurre en el artículo 469 C.c., para el caso de que el usufructo no se ampliase a las acciones nuevas adquiridas por el derecho de suscripción preferente.

²⁰²GARCÍA PÉREZ, C., “El disfrute del usufructuario”, en *Tratado de usufructo*, Coor. A. Leciñena Ibarra, La Ley, Madrid, 2016, págs. 341 y ss.

²⁰³CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3870.

²⁰⁴CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3871, distingue tres supuestos de incorporación: 1º) si es el usufructuario quien incorpora cosa propia, conserva su propiedad y la disfruta como dueño y no como usufructuario; 2º) si la incorpora el nudo propietario sin oposición del usufructuario, a ella se extiende el derecho del usufructo, sin que deje de ser del nudo propietario. 3º) Si la incorpora un tercero, entiende que existirá una suerte de dominio dividido, y pertenecerá al tercero que conservará su propiedad y no se extenderá a ella el usufructo, que simplemente la disfrutará como poseedor de buena o mala fe—según sea el caso, o bajo la titularidad que derive de la incorporación.

recho del usufructuario²⁰⁵ (artículo 503 C.c.)²⁰⁶. El usufructo se extenderá entonces a las obras, mejoras o plantaciones realizadas por el nudo propietario, salvo pacto en contrario con el usufructuario²⁰⁷, sin que éste pueda exigir cantidad alguna en concepto de gasto, indemnización o interés legal, pues, a diferencia de las reparaciones ordinarias o extraordinarias, no son necesarias para la conservación del bien usufructuado sino meramente facultativas²⁰⁸. Sentado lo anterior, nos quedaría añadir que la extensión del usufructo (de igual modo ocurre en el arrendamiento) a las obras realizadas por el nudo propietario-constructor en *nada afecta*²⁰⁹ a la obligación de pago de los materiales ajenos empleados, que recaerá única y exclusivamente en el *dominus soli* enriquecido²¹⁰.

²⁰⁵El artículo 503 C.c., faculta al nudo propietario a realizar aquellas obras y mejoras en el bien usufructuado con el límite de que con ello no disminuya el valor de lo usufructuado, o se perjudique al usufructuario, lo que de manera implícita supone la obligación del usufructuario que ha de soportar el ejercicio de la facultad del nudo propietario de realizar obras y mejoras. El nudo propietario no deja de serlo por estar sus bienes gravados con un usufructo, y por lo tanto, puede llevar a cabo alteraciones fácticas en ellos (obras, mejoras, nuevas plantaciones...) actuaciones lícitas que el usufructuario no puede negarse a que se lleven a cabo. CLEMENTE MEORO, M.E., “Comentario al artículo 503 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T.III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 4.011. El artículo 503 C.c., no tiene precedentes en los códigos francés e italiano de 1865, ni en el Proyecto de 1851, ni siquiera en el Anteproyecto de 1882-1888, pero sí en el artículo 2227 del Código portugués de 1867. Es tachado de innecesario y reiterativo, por cuanto el artículo 489 C.c. ya dispone que el propietario no puede alterar la forma y sustancia de los bienes usufructuados ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario. Es por ello que, CLEMENTE MEORO señala que el referido precepto cubre una doble necesidad: primero, precisa las facultades del nudo propietario en cuanto a las alteraciones en la cosa usufructuada, cuestión que en caso de no existir esta norma generaría confusión y conflictividad; segundo, reitera el límite negativo de toda actuación del nudo propietario, esto es, no disminuir el valor de la cosa usufructuada, ni perjudicar el derecho del usufructuario.

²⁰⁶Para NAVARRO CASTRO, M., “Obligaciones del usufructuario”, *Tratado de usufructo*, Coor. A. Leciñena Ibarra, La Ley, Madrid, 2016, pág. 520, el artículo 503 C.c. legitima al nudo propietario a realizar mejoras con dos límites, que no resulte disminuido el valor de la cosa y que no perjudique al derecho del usufructuario.

²⁰⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 76. Pacto considerado por esta autora de muy probable.

²⁰⁸CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3873.

²⁰⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 76. También, MALUQUER DE MOTES BERNET, op. cit., págs. 1283 y 1284.

²¹⁰Para BASOZABAL ARRUE, «Enriquecimiento...» cit., págs. 281, la obligación de pago de los materiales, de restitución de su valor, es completamente independiente a la idea de daño, como lo demuestra el mismo Código al conceder adicionalmente la acción indemnizatoria. Esto significa, simplemente, que la obligación de abono del *dominus soli* no depende de que exista daño (por ejemplo, el propietario de los materiales no usa ya ese tipo de material en sus construcciones y se había olvidado de su existencia). Basta con que se consuma el hecho usurpatorio para que se desencadene la pretensión. En idéntico sentido CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 111 y 112, que mantiene la idea de que el supuesto analizado (artículo 360 C.c.) supone un supuesto de intromisión por usurpación de cosa ajena, y al no proceder la acción reivindicatoria con base al *superficies solo cedit*, y por tanto, la adquisición de la propiedad por accesión, por el *dominus soli* (nudo propietario), el Código concede como sustitución a la misma la acción personal dirigida al cobro de los materiales contra el titular del bien al que han quedado incorporados. CARRASCO PERERA afirma que el artículo 360 C.c. “atiende al punto de vista del legitimado para reclamar la compensación” y que “el artículo 360 desempeña, en el sistema del Código civil, una obligación de restituir el enriquecimiento adquirido por el empleo de cosa ajena”.

Para el caso de que sea un tercero ajeno a la relación usufructuaria, el que lleva a cabo la edificación, habrá que distinguir distintos supuestos:

- (a) Si el tercero ha edificado²¹¹ de buena fe, el *dominus soli* podrá optar bien, por hacer suya la obra²¹² previo pago de la indemnización²¹³ prevista en los artículos 453 y 454 C.c., y en tal caso, el disfrute del usufructuario se extenderá a ellas, como aumento de la cosa usufructuada²¹⁴, salvo que la construcción perjudique al usufructuario o altere la *forma y sustancia*²¹⁵ del bien usufructuado, en cuyo caso, el usufructuario podría exigir su supresión y reposición de la finca a su estado anterior²¹⁶. O bien, podrá el *dominus soli* optar por exigir el precio del terreno²¹⁷

²¹¹En caso de siembra, en la práctica, no se suele acudir a tal opción porque carece de sentido que el nudo propietario pague los gastos necesarios de la siembra (artículo 453.1 C.c.) y sus productos sean para el usufructuario. Es más razonable que el nudo propietario opte por no pagarlos y exija la renta correspondiente al que sembró. Y tal renta sería para el usufructuario, de conformidad al propio artículo 479 C.c., pues se trata de un supuesto de accesión y porque los frutos y provechos del bien son del usufructuario (artículo 471 C.c). CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3872.

²¹²RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El usufructo*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 325, se cuestiona para el caso de que el nudo propietario declinase hacer suyo lo construido, si podría exigirlo el usufructuario o hacer él, uso de tal facultad si no la ejercita el propietario. Llega a la conclusión de que la facultad se encuentra inherente a la propiedad de la cosa y deberá abonarle al usufructuario los intereses de la indemnización (vid. artículo 502 C.c.). Cfr. MALUQUER DE MOTES BERNET, op. cit., pág. 1283.

²¹³No nos resulta aceptable la postura que ofrece NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 76. Según la autora una vez adquirida por el nudo propietario la obra, ya sea de reparación, mejora o nueva edificación, el pago de la indemnización al edificante de buena fe correrá a cargo del nudo propietario o del usufructuario según lo acordado en el título constitutivo, si existiere, y en su defecto atendiendo a la naturaleza de las obras, de conformidad a lo preceptuado en los artículos 500 y ss. C.c.

²¹⁴CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3872. En idéntico sentido, MALUQUER DE MOTES BERNET, op. cit., pág. 1284. También, algún autor como RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 325., considera que el usufructuario deberá abonarle los intereses de la indemnización, con base a lo previsto en el artículo 502 C.c.

²¹⁵Cfr. arts. 489 y 467 C.c. La razón de que el deber de conservar la forma y sustancia se imponga tanto a nudo propietario como a usufructuario es consecuencia del hecho de recaer el derecho del usufructuario y del nudo propietario sobre el mismo objeto de modo que ambos se limitan. El artículo 487 C.c. nos ayuda a precisar el límite de tal actuación, ya que incluso mejorando la cosa puede vulnerarse este límite de la forma o sustancia de la cosa y cabe identificarlo con lo llamado por el Código civil italiano de 1942 “destino económico” (cfr. STS de 27 de junio de 1969 —RJ 1969/3672—) e impide las modificaciones de la cosa que afecten a su estado, condiciones y características, tanto naturales como jurídicas. MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., *Los conceptos de “sustancia”, “forma” y “destino” de las cosas en el Código civil*, Civitas, Madrid, 2016, págs. 32, 33 y ss., y 117. La doctrina (DORAL GARCÍA, MALUQUER DE MOTES BERNET en sus *Comentarios*, op. cit., pág. 1311), considera que los actos dispositivo que alteren la forma o sustancia del bien usufructuado o que resulten perjudiciales para el usufructuario son nulos por ser su causa ilícita. CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3938. Con cita por todos los autores de la STS de 27 de junio de 1969 (RJ 1969/3672), que considera como acto dispositivo con causa ilícita el arrendamiento suscrito por el usufructuario facultando al arrendatario para alterar su forma y sustancia.

²¹⁶RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 518. En idéntico sentido CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3873.

²¹⁷Para RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 352, en caso de negativa *injustificada y malévola* del *dominus soli* a adquirir la obra, el usufructuario tendría derecho a reclamar por los perjuicios sufridos (artículo 7.2 del C.c.)

sobre el que se edificó, y tal adquisición forzosa por el tercero no será causa de extinción del usufructo sobre el predio²¹⁸.

- (b) Si el tercero edificara de mala fe, pierde lo edificado, sin derecho a indemnización, lo que aprovechará al usufructuario, pues el tercero no podrá impedir el derecho de disfrute del usufructuario sobre lo edificado, o también, podrá el *dominus soli* (nudo propietario) exigir la demolición con el fin de que se repongan las cosas a su prístino estado. Aunque resulta dudoso que el nudo propietario, en perjuicio del usufructuario, pida la demolición de la obra, pues nos podríamos encontrar ante un acto de disposición prohibido por el artículo 489 C.c.²¹⁹ (vid. también artículo 503C.c.)

La cuestión se complica, porque debemos conjugar las anteriores consecuencias jurídicas, con una posible responsabilidad del usufructuario²²⁰, que como poseedor inmediato²²¹ de la finca no ha impedido que un tercero ajeno realice las obras o no

²¹⁸CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3873.

²¹⁹CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3872.

²²⁰Lo que traslada la cuestión a la de los artículos 497 y 520 C.c., en cuyo terreno deberán ser abordados conjuntamente todos esos actos y sus consecuencias. RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 325.

²²¹RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 448 y 449, puntualiza que esta obligación de denuncia afecta al usufructuario desde que lo es, haya entrado o no en posesión, y sea o no efectivo poseedor (inmediato), y cita la S. Cours Cass., Ch. civ, de 8 de mayo de 1973: “El ocupante sin derecho, ni título no queda sometido a las obligaciones que el art. 614 C.c. impone al usufructuario”. Y añade, que esta obligación opera no como automatismo fáctico sino en sentido jurídico: es exigible sólo en la medida en que el usufructuario conozca o pueda racionalmente conocer los hechos denunciados. Por lo que si por su situación fáctica o jurídica o de la cosa (si estuviera, por ejemplo, en administración) no lo conocía, decae su obligación; pero sí quedará obligado, en el caso de que con una diligencia de un buen padre de familia (artículo 497 C.c.) y siendo razonablemente cognoscibles los hechos de tercero, los hubiera podido conocer y comunicar.

ha avisado²²² de las mismas al nudo propietario²²³ (artículo 511²²⁴ C.c.). GARCÍA PÉREZ²²⁵ considera, en caso de tal incumplimiento²²⁶, que el usufructuario habría actuado de mala fe, y por ello quedaría obligado al pago de la indemnización al nudo propietario por los daños y perjuicios irrogados. Entre los que incluye la indemnización que deberá satisfacer el nudo propietario al que edificó, plantó o sembró de buena fe (artículo 361 C.c. en relación con los artículos 453 y 454 C.c.). Cuestión que consideramos dudosa, porque si la obra es finalmente aceptada por el *dominus soli*, entendemos que él será quien resulte enriquecido, y sólo sobre él deberá pesar la obligación de abono de su valor. También añade esta autora, que si por dicha falta de comunicación, *el nudo propietario se viera obligado a vender la porción de terreno en la que se sembró, plantó, o edificó...* (también

²²² NAVARRO CASTRO, op. cit. pág. 497 y 527. En cuanto al tiempo o plazo en que debe hacerse la notificación a falta de previsión legal, deberá realizarse a la mayor brevedad posible, como dispone el artículo 1559 C.c. para un supuesto de hecho y finalidad normativa semejante, aunque no cabe la aplicación directa de ese precepto por ser distintas las posiciones jurídicas del usufructuario y arrendatario. En cualquier caso, dentro de un plazo apto para permitir al propietario reaccionar eficazmente (por ejemplo antes de que la acción oportuna pueda prescribir o caducar). Advierte el autor que en caso de que no cumpla tal obligación en el momento de tener noticias de la perturbación será responsable de los daños y perjuicios irrogados al nudo propietario.

²²³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T.II, *Derecho de cosas*, vol. II, *Los derechos reales restringidos*, Editorial Reus, Madrid, 1978, pág. 58, entiende que el Código “sólo sanciona una especial aplicación del deber de custodia, al decir que el usufructuario está obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionarlos derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios como si se hubieran causado por su culpa (artículo 511 C.c.)”. Este deber de custodia, tanto material como jurídica, se traduce funcionalmente en el deber del poseedor inmediato de atender al interés del propietario, que no está en contacto directo con la cosa, y que en sede de usufructo le impone dar cuenta al segundo de hechos que le afectan. Históricamente (*ius commune*) se justificó esta obligación como consecuencia de la más general de custodia, dependiente de que el usufructuario poseería la cosa en nombre del propietario. Explicación hoy inviable jurídicamente, porque la posesión del usufructuario es *proprio nomine, iure usufructus*, como titular de un derecho con *ius possidendi*, y no poseedor en nombre ajeno. RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 447.

²²⁴ Cuyos precedentes los encontramos en el artículo 614 del Code que dice: “Si durante el usufructo un tercero comete cualquier usurpación contra el fundo, o atenta de otra forma contra los derechos del propietario, el usufructuario está obligado a denunciarlo a éste; en su defecto, es responsable de todo perjuicio que pueda resultar de ello para el propietario, como lo sería de los actos cometidos por él mismo”. El artículo 511 del Código italiano de 1865, prácticamente idéntico al anterior ha pasado al 1012-1º del Código de 1942. En términos semejantes a nuestro artículo 511 el artículo 561-8.2 del CCC.

²²⁵ GARCÍA PÉREZ, op. cit., pág. 724 y ss.

²²⁶ Para GARCÍA PÉREZ, op. cit., pág. 724 y ss., teniendo presente que no es el nudo propietario el que está en posesión del bien, y por ello, no puede ser él el que verifique si se siembra, planta o edifica en su predio, sino que esta facultad de supervisión y vigilancia recae en el usufructuario será él quien esté obligado a la comunicación del hecho de tercero, pues es él, el que se encuentra en posesión del bien, y podría concluirse “que si incumple con la obligación de poner en conocimiento del propietario cualquier acto de tercero que lesione su derecho, consintiendo que se obre, plante o siembre en el sentido del artículo 364.2º C.c. (el hecho se hubiere ejercido a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse), el usufructuario habrá actuado de mala fe”. En idéntico sentido CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 3872, nota 4.

para el caso de extralimitación) *podrá deducir de los intereses que hubiera debido pagar al usufructuario por el precio obtenido, lo que a él se le debe en razón de la indemnización a la queda obligado el usufructuario y acaso será posible acudir a lo dispuesto en el artículo 520 C.c.* Sin embargo, en el caso de que el usufructuario no hubiere incumplido su obligación, y haya comunicado al nudo propietario el hecho de tercero, *la anuencia del propietario provocará que sea éste el obligado a indemnizar al tercero, si bien, aprovechará al usufructuario en la medida que será éste el que por este motivo verá ampliado su derecho de disfrute*²²⁷.

- (c) Si hay mala fe por parte del tercero que edifica, planta o siembra, así como por parte del *dominus soli*, los derechos de ambos serán los mismos que tendrían si hubieran procedido los dos de buena fe²²⁸. Se entiende haber mala fe por parte del *dominus soli*, si el hecho se hubiere realizado a su “vista, ciencia y paciencia”, entendiéndose extensible esta regla al usufructuario por ser él, el poseedor inmediato y quien custodia la cosa usufructuada, estando en tal caso a lo ya dispuesto en el apartado b). El propietario, con las matizaciones arriba efectuadas, podrá optar por quedarse con lo edificado o plantado indemnizando al tercero y disfrutando de tales accesiones el usufructuario, o podrá optar por la venta del terreno al tercero sin que ello perjudique al usufructuario²²⁹.

3.3.2.3. Censo enfitéutico

En caso de que se haya constituido sobre el suelo un censo enfitéutico, las conclusiones variarán según la teoría que se siga respecto a la naturaleza de este derecho²³⁰.

Para los partidarios de la teoría tradicional o romanista²³¹, que consideran auténtico propietario al dueño directo, si éste realizara alguna edificación con materiales ajenos (también propios)²³², en virtud del artículo 1632 C.c., el enfitauta disfrutará del incre-

²²⁷GARCÍA PÉREZ, op. cit., págs. 726 y ss.

²²⁸GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 363 y siguiéndolo MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 203 y SCAEVOLA, op. cit., pág. 309. Consideran que, el Código en tal supuesto simplificó la cuestión, haciendo caso omiso de la cualidad de poseedor en el dueño de los materiales, o mejor, equiparando al que posea y al que no posea, y estableciendo sólo como única línea divisoria la de la buena y mala fe, que para él (GARCÍA GOYENA) es la más exacta y la que, de modo más seguro debe guiar el criterio del legislador que se inspire en máximas espiritualistas, únicas verdaderas que sirven de base a la ciencia del Derecho. También se hacen eco de esta idea SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. pág. 151, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 168, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 152, Díez PICAZO, op. cit., pág. 307, y FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3069, que habla de “compensación de la mala fe”.

²²⁹En caso de siembra, podrá exigir la renta correspondiente al terreno sembrado, que será para el usufructuario. CLEMENTE MEORO, op. cit., pág. 479.

²³⁰Se ocupa del derecho real de censo, de sus especialidades en Mallorca, Navarra, Cataluña, así como de las normas que lo disciplinan y de la jurisprudencia que las interpreta y aplica, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. pág. 1071 y ss. Recientemente teorías recogidas y desarrolladas en la obra de SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Negocios agrarios inmobiliarios de Fomento: Enfiteusis*, 2010, págs. 9 a 18.

²³¹Díez PICAZO, op. cit., pág. 116, explica como en la tesis romanista, el propietario continúa siéndolo, y el enfitauta adquiere las facultades de utilización, disfrute y explotación (dominio útil).

²³²Aunque en tal caso estaríamos ante el ejercicio de facultades *iure proprietatis*, no *iure accessionis*.

mento por accesión, correspondiéndole el uso de las accesiones, y en consecuencia, lo que éstas produzcan²³³, y será el dueño directo el que soporte la obligación de pago de los materiales ajenos empleados²³⁴.

Si se sigue la teoría defendida, entre otros, por SÁNCHEZ ROMÁN²³⁵ y DÍEZ PICAZO²³⁶, el verdadero dominio será el útil, de manera que la propiedad se traspasa al enfiteuta, mientras que al dueño directo no se le reconoce más derecho que el de la percepción de una pensión o canon, configurado como carga real o *prorter rem*²³⁷. En tal esquema, si el que edifica es el enfiteuta²³⁸ con material ajeno, éste disfrutará de lo construido, y deberá pagar los materiales como verdadero *dominus soli*. En caso de que se extinga el censo, y subsista la mejora, podrá el enfiteuta reclamar al dueño directo el valor que tenga la mejora al tiempo de extinción de la enfiteusis *ex* artículo 1652 C.c.

Por último, una tercera tesis, sostenida hoy día, entre otros, por ALBALADEJO²³⁹,

²³³MORILLO GONZÁLEZ, F., “Comentario al artículo 1632 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11425 y ss.

²³⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 73 y 74, considera injusta tal solución porque la obligación de pago de los materiales es del dueño directo-constructor, y el disfrute corresponde al enfiteuta sin llevar aparejada ningún tipo de prestación, y por tiempo indefinido (artículo 1608 del C.c.). Destaca además, que ninguna obligación de construir tenía el dueño directo “construye porque quiere”.

²³⁵SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág., 1071 y ss.

²³⁶DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 115 y 116.

²³⁷DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 116. Resulta complicado en este supuesto, ver la diferencia entre enfiteusis y el censo reservativo del artículo 1607 C.c. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 76, nota 166.

²³⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 74.

²³⁹ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, págs. 636 y 637, prelaciona los argumentos a favor de la tesis del dominio dividido: 1º La terminología legal que continuamente habla de condueños, de dos dominios, el útil y el directo(o utiliza expresiones equivalentes), de que se tiene por cada uno parte del dominio, de que las facultades que corresponden al censalista son derechos dominicales, de que en ciertos casos se consolidan ambos dominios, de que el dueño directo recobra el pleno dominio, etc (vid. artículos 596, 1604 *in fine*, 1605, 1630 a 1644, 1646 a 1653 del Código civil y 8 de la LH, y 73, 76, 77, 214, 377 RH, y de la Ley de inscripción, división y redención de los censos de Cataluña, artículos 1, 4, 23, 24, 27, 32, 35, 42, y artículo 565-1 y ss del Libro V de su Código civil), de igual modo el TS en sus STSS de 28 de abril de 1934 y 12 de junio de 1956, refiriéndose a la enfiteusis la define como “cesión de un predio hecha en términos que implican división de dominio, con arreglo a la concepción medieval”, o bien que se trata de “propiedad dividida”. 2º El Código declara que “El enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones. Tienen los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica” (artículo 1632 C.c.), si fuera el único dueño no haría falta atribuirle tales derechos. 3º El Código otorga a ambos dueños el derecho de tanteo y retracto siempre que el otro condueño venda o de en pago su respectivo dominio sobre la finca (artículo 1636 C.c.). Retracto y tanteo que en ningún caso el Código concede al dueño y titular de un derecho real en cosa ajena, para cuando uno u otro enajenan su derecho. 4º El Código concede (artículo 1648 y ss. C.c.) al dueño directo el derecho de comiso, con base al cual recupera la totalidad del dominio de la finca. Cosa que jamás se da en nuestra ley cuando lo que se tiene es sólo un derecho real en cosa ajena. 5º El Código acoge el laudemio o pago que al enajenar la finca debe hacerse al dueño directo en reconocimiento de su dominio (artículos 1644 y ss. C.c.) y que sólo se pague cuando así se haya pactado no resta fuerza al argumento. 6º Para imponer servidumbre sobre la finca es preciso el consentimiento de todos los condueños, lo mismo si éstos son pro indiviso como si lo son de dominio dividido. 7º A falta de herederos testamentarios y de cónyuge o de parientes del enfiteuta con derecho a sucederle sin testamento, el Código establece que, en vez de heredarle el Estado (previsto en el artículo

y O'CALLAGHAN²⁴⁰, la medieval o del dominio compartido, considera que en la propiedad se produce una división de dos dominios, el directo y el útil, cada uno de los cuales son derechos dominicales. De tal modo, que si construye tanto el enfiteuta como el dueño directo, con materiales ajenos, ambos serán propietarios de lo construido, aunque su disfrute, por la especial división del dominio corresponderá, de momento, al enfiteuta²⁴¹. Y como auténticos propietarios, ambos quedarán obligados al pago de los materiales. Aunque hay alguna voz²⁴² que propugna por motivos de justicia, el pago por el enfiteuta, y que para el caso de que en el momento de extinción de la enfiteusis subsistiere la mejora, la reclamación su valor al dueño directo.

En otro orden de cosas, en el caso de que se lleve a cabo una edificación por un tercero de buena fe²⁴³ en una finca sobre la que existiere un censo enfiteutico, la doctrina²⁴⁴ entiende que el enfiteuta adquirirá el producto de las accesiones, porque en atención al tenor literal, nada dice el artículo 1632 C.c. sobre que la enfiteusis se extienda a las accesiones²⁴⁵ pero, naturalmente, esa adquisición habrá de ser en virtud de la extensión de su derecho, o lo que es lo mismo, el enfiteuta adquiere sobre las cosas incorporadas por accesión el mismo derecho que tiene sobre la finca²⁴⁶. MANRESA²⁴⁷

956 del Código civil) el dominio útil pasará al dueño directo, para que así cese la división de dominio (artículo 1653 C.c.). Lo que tampoco ocurre si lo que se tiene es un simple derecho real en cosa ajena. 8º Extinguiéndose el dominio útil o el directo, las facultades correspondientes al dominio extinguido, las absorbe el que subsista. 9º La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio, y no de un derecho real limitado (artículo 7 LH), y sí se admite en caso de enfiteusis que la primera inscripción sea de cualquiera de los dos dominios (artículo 377 RH). Por último la STS de 28 de mayo de 1976 reconoce al censalista la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria, lo que no sería posible de no ser verdadero dueño y admite que su derecho está “por encima de una simple titularidad de derecho real sobre cosa ajena”.

²⁴⁰O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., *Código civil. Comentario y Jurisprudencia*, La Ley, 2004, pág. 1657, señala que, “tal como la concibe el Código civil la enfiteusis es un dominio dividido (copropiedad *pro indiviso*, con división jurídica de facultades)”.

²⁴¹Para MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 154, corresponden al enfiteuta todas las facultades inherentes a la propiedad en relación al goce de una finca. Añade MORILLO GÓNZALEZ, op. cit., pág. 11425, que puede el enfiteuta, en consecuencia, utilizar la finca tanto de forma directa como indirecta, esto es, mediante cesión o arriendo a un tercero de sus facultades. Es más, también puede hacer uso de las acciones que protegen su derecho de propiedad (aunque sea compartido), como lo son: la acción reivindicatoria, declarativa o negatoria; así como las que protegen la posesión. Asimismo, si tiene su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad, podrá hacer uso de la protección que le brinda el artículo 41 de la LH.

²⁴²NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 74.

²⁴³En caso de mala fe, la cuestión sería menos complicada ya que con base al principio *superficies solo cedit*, la edificación accede al suelo sin derecho del edificante a ser indemnizado (vid. artículo 362 C.c.), y en caso de que la edificación perturbe el derecho de propiedad (compartido), puede el enfiteuta exigir la demolición de la obra o que se arrancara la plantación o siembra, con el fin de que se repongan las cosas a su originario estado.

²⁴⁴Sobre la base de lo afirmado respecto al artículo 1632 C.c., por el TS en su sentencia de 28 de abril de 1923: “el artículo 1632 no se refiere a las accesiones, sino a los productos de las mismas”.

²⁴⁵DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 293.

²⁴⁶NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 54, recuerda que el derecho del enfiteuta es “de mucha más consistencia que el del usufructuario”

²⁴⁷MANRESA Y NAVARRO, op. cit. pág. 154.

entendía que todas las facultades inherentes a la propiedad respecto del goce de una finca pertenecen al enfiteuta, y que desarrollando la ley con lógica, este principio no sólo le concede todos los productos del inmueble, sino también los de sus accesiones, así como los tesoros y las minas.

Es opinión de NÚÑEZ BOLUDA²⁴⁸, que ese goce reconocido al enfiteuta no debe ser sin contraprestación, es decir, el enfiteuta debería pagar, o al menos participar, en el pago de la indemnización al edificante de buena fe (conforme a lo previsto en los artículos 453 y 454 C.c.), pues *resultaría injusto* que el dueño directo asuma, él solo, la obligación de pago, cuando es probable que la perpetuidad del censo no le permita disfrutar la edificación. Máxime, cuando el artículo siguiente, el 1633 C.c. permite al enfiteuta disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones²⁴⁹, tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*, con la salvedad de los derechos del dueño directo (tanteo y laudemio). Es por ello, que si la obligación de pago al edificante recayera sobre el dueño directo, al vender el enfiteuta, supondría un enriquecimiento injusto para éste último, al cobrar por algo que ni ha ejecutado, ni pagado. Por lo tanto, por razones de justicia, debería recaer sobre el enfiteuta, la obligación de pago al edificante de buena fe, solución también justificada desde la óptica del artículo 1652 del C.c., que para el caso de extinción de la enfiteusis dispone que el dueño directo deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverla²⁵⁰.

²⁴⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 76.

²⁴⁹Puntualiza, MORILLO GONZÁLEZ, op. cit., pág. 11427, que aunque el precepto habla de disposición del “predio”, dicha facultad de disposición lo será de su derecho (dominio útil), manteniéndose la titularidad sobre el dominio directo de la finca por parte del cedente. La disposición del dominio útil tendrá lugar en el estado en que se encuentre la finca en el momento de la enajenación, con sus accesiones. No se puede entender de otra forma la expresa mención de las accesiones, “por mas que por su tenor literal pudiera parecer que el enfiteuta pudiera disponer por separado de su dominio útil sobre la finca y sobre las accesiones”.

²⁵⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 77, considera, que refiriéndose al supuesto de venta de la finca por el enfiteuta, sólo en el caso de que la edificación haya supuesto un aumento de valor de la finca, y ésta subsista al tiempo de la enajenación, deberá pagar el dueño directo “entre tanto puede entenderse que el dueño directo no está obligado a pagar”. Para CÁMARA ÁGUILA, citada por MORILLO GONZÁLEZ, op. cit. pág. 11419, esta norma también tiene como objetivo que el dueño no se enriquezca de manera injusta por lo hecho o pagado por el enfiteuta. Sin embargo, advierte MORILLO GONZÁLEZ, que el enfiteuta no goza del derecho de retener la finca hasta que se la paguen las mejoras.

3.3.2.4. Derecho de superficie²⁵¹

La cuestión se nos plantea si concedido un derecho de superficie por el *dominus soli*, antes de que el superficiario lleve a cabo la edificación, un tercero ajeno al vínculo contractual construyera, ya que si lo hiciera el *dominus soli*, estaríamos ante un incumplimiento de su obligación de permitir la construcción²⁵² y tolerar el alzamiento y mantenimiento de la misma sobre el suelo de su propiedad²⁵³, en cuyo caso el superficiario podría exigir su demolición²⁵⁴, o bien, el derecho de superficie, por imposibilidad material²⁵⁵, se extinguirá por resolución del título constitutivo y podrá el

²⁵¹ROCA SASTRE, R. M^a., «Ensayo sobre el Derecho de superficie», *RCDI*, N^o 392-393, Madrid, 1961, págs. 13 y 14, lo define como: “El derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente”. Según el artículo 53 del 7/2015 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, el derecho real de superficie: 1) El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo. 2) Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años. El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado. 3) El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie. 4) El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho. SÁNCHEZ GOYANEZ, E., *Ley del Suelo, Comentario sistemático del Texto Refundido de 2008*, La Ley, 2009, págs. 963 y ss. Vid. también, DÍAZ LEMA, J. M., *Nuevo Derecho del suelo, Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, Marcial Pons, 2008, pág. 317 y ss.

²⁵²DE LA IGLESIA MONJE, M. I., *El derecho de superficie. Aspectos Civiles y Registrales*, 2^a edic., Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 215, recuerda que el concedente debe mantener a disposición del superficiario el terreno desde el momento en que se constituye el derecho, y por consiguiente, no debe impedir por ninguna causa el inicio de las obras, pues no hay que olvidar que ha sido él, el que voluntariamente se ha despojado de una facultad inherente a su propiedad: el *ius aedificandi*, o que ha transmitido la propiedad de su edificación ya existente.

²⁵³DE LA IGLESIA MONJE, op. cit., pág. 215.

²⁵⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 78. DE LA IGLESIA MONJE, op. cit., pág. 217, considera, que respecto a la construcciones existentes en el momento en que el superficiario proceda a realizar su construcción, al ser propiedad del *dominus soli* obligado a entregar la propiedad de la superficie para la construcción de una edificación, tanto los gastos de derribo como los materiales de la misma le pertenecerán, teniendo la obligación de retirarlos para dejar libre la superficie y el deber de no hacer más onerosa la construcción al superficiario, con el fin de que este proceda a realizar la edificación cuando desee, salvo pacto en contrario.

²⁵⁵DE LA IGLESIA MONJE, op. cit., pág. 216.

superficiario además reclamar la oportuna indemnización por los daños y perjuicios irrogados. En definitiva, lo que tratamos de dilucidar en el supuesto planteado es, si la edificación accederá al suelo por entrar en juego el principio *superficies solo cedit*, o por el contrario, se excepcionará el mismo y aprovechará al superficiario.

M^a T. ALONSO PÉREZ²⁵⁶, establece como requisito *sine qua non* para que surja un derecho de propiedad en favor del concesionario de un derecho de superficie, que se haya realizado la construcción, y distingue dos fases del derecho de superficie, una primera, anterior a la construcción donde nos encontramos ante un derecho real en cosa ajena²⁵⁷; y una segunda, posterior a la construcción a partir de la cual se entiende que ese derecho real sobre cosa ajena atribuye un derecho de propiedad a su titular²⁵⁸. Por tanto, en el supuesto planteado, como advierte GULLÓN BALLESTEROS²⁵⁹, el concedente del derecho de superficie continuaría siendo propietario del *solum* y serán para él los efectos de la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, mientras que el superficiario sólo tendrá derecho a que el concedente²⁶⁰ le entregue el terreno apto para la construcción.

Ahora bien, de aceptarse tales premisas, como alerta GULLÓN BALLESTEROS²⁶¹, las consecuencias podrían ser nefastas tanto para el edificante en terreno ajeno de buena fe, como para el concedente. En concreto, para éste último, porque si optara por la adquisición de lo edificado, el superficiario podría exigir su demolición con el fin de que se le entregara el terreno libre de edificaciones, y así poder construir en los términos pactados. Y si optara por la venta forzosa al edificante, también perjudicaría a

²⁵⁶La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación, Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 128.

²⁵⁷En el marco comparado, el Código civil portugués dispone en su artículo 1532, que hasta que no se inicie la construcción por el superficiario, el uso y disfrute de la superficie pertenecerá al propietario del suelo. En el Code el derecho de superficie es sugerido por el artículo 553, que admite la disociación horizontal del derecho de propiedad inmobiliaria, y la opinión generalmente aceptada por su doctrina (JOURDAIN, MARTY, RAYNAUD) es la consideración del derecho de superficie como una variedad del derecho de propiedad, lo consideran como excepción al derecho de propiedad y le atribuyen identidad de naturaleza a los derechos del superficiario y del propietario. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 129 y 130, notas 6 y 7. Dentro de nuestras fronteras la Compilación Navarra, tal y como se desprende de la Ley 430, considera al superficiario propietario temporal de la construcción, una vez ejecutada, y denomina propietario al concedente, dejando el término titular para aludir al superficiario.

²⁵⁸DE LA IGLESIA MONJE, op. cit., págs. 217 y 229, puntualiza, que el superficiario va adquiriendo la propiedad de lo construido, así como el goce del suelo sobre el que éste recae a medida que la edificación avanza. Entiende que no es necesario esperar al final de la obra, para que opere la adquisición del mismo. El superficiario desde el mismo momento de constitución del derecho de superficie se convierte en el propietario de la futura construcción. Entiende esta autora que una vez que se ha pactado el derecho de superficie y posibilitado la derogación del principio *superficies solo cedit*, todo lo que se realice es propiedad del superficiario.

²⁵⁹GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, pág. 28 y 29 y DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, págs. 233 a 236.

²⁶⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 79 y 80, entiende que al no ser dueño del suelo el concedente, falta el principio fundamental (*superficies solo cedit*) para que opere a su favor la accesión.

²⁶¹GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 28 y 29.

éste último como adquirente, ya que tendría que soportar la existencia de un derecho de superficie, y al igual que en el supuesto anterior, podría quedar obligado a derruir lo edificado con el fin de que se cumpla con la obligación de entrega del *solum* libre de edificaciones al superficiario.

En aras de la protección de la riqueza creada²⁶² y de no llegar a tales resultados “injustos”, GULLÓN BALLESTEROS “prescindiendo de escrúpulos conceptuales” considera que “el superficiario se beneficia de la accesión”, si bien, al no ser dueño del *solum* no se le concede la opción prevista en el artículo 361 C.c., y no podría obligar al que edificó a la adquisición del terreno ocupado, pero sí quedarse con la obra indemnizando al constructor. Considera NÚÑEZ BOLUDA, en su tesis, que GULLÓN BALLESTEROS parte de la idea de que el *dominus soli*, desde la concesión del derecho de superficie, renuncia a los efectos de la accesión respecto al superficiario a fin de que éste construya pero no lo hace respecto a terceros, por ello, en caso de edificación por un tercero ajeno los efectos de la accesión debieran darse a favor del concedente. Sin embargo, DE LOS MOZOS²⁶³, realiza un planteamiento distinto y parte de la idea de que el concedente cede al superficiario su *ius aedificandi*, a título de derecho real con efectos *erga omnes* y por tanto “el superficiario sustituye al propietario del suelo en relación con la accesión, mientras dure el derecho de superficie y frente a terceros, sean de la índole que fueran, pues lo contrario supone negar el derecho de superficie”, y entiende, para el caso de edificación de un tercero ajeno a la relación superficiaria que no habría por qué restringir las opciones que ofrece el artículo 361 C.c., al supuesto de la adquisición de la construcción por el superficiario, ya que podrá igualmente imponer al constructor de buena fe la adquisición no del *solum*, pero sí de su derecho de superficie²⁶⁴.

A falta de precepto legal y de acuerdo *inter partes*²⁶⁵, la doctrina (DE LOS MO-

²⁶²El “ne urbis ruinis deformetur” del Digesto (D.43.3.7, de Juliano) o el “por apostura e por nobleza de las Cidades, e de las Villas; que las obras fueren y fechas, non las derriben por tal razón como ésta” de las Partidas (de la Ley 38, tít, 28, P. 3ª).

²⁶³DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 234 y 235.

²⁶⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 78 a 80. Entiende que la falta de precepto legal es consecuencia de la profunda modificación sufrida por el derecho de superficie, en el ámbito de las edificaciones en virtud de la Ley del Suelo. Considera “que la existencia de un plazo hace que el derecho de superficie en materia de edificación urbana se separa profundamente del derecho de superficie que mencionó el Código civil. En éste figura como una modalidad de la enfiteusis (artículo 1611 C.c.) y se rige por las normas del censo enfiteútico cuando se constituye por tiempo indefinido, o por las del arrendamiento si fuera de duración limitada (artículo 1655 C.c.). Al ser ahora siempre, de duración limitada, resulta que no se pueden aplicar las reglas de la enfiteusis en cuanto a la accesión, y considerar al superficiario como dueño. Y tampoco las del arrendamiento, porque en los arrendamientos no existen reglas que solucionen los casos de edificación por un extraño, ni en las disposiciones generales del Código civil (artículos 1546 a 1574), ni en la de Arrendamientos Urbanos, ni en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Todos los artículos... se refieren al régimen de obras necesarias o de otra índole, y a su ejecución y pago en la relación entre propietario y arrendatario. Ninguno resuelve el posible conflicto para el caso de que las obras se hayan ejecutado por un tercero”.

²⁶⁵Cabe la posibilidad de que la construcción realizada por el tercero se ajuste a la convenida entre concedente y superficiario, y de un modo voluntario se alcance un acuerdo en los términos planteados por la doctrina, pero también puede ocurrir que se trate de una edificación totalmente diversa al edificio

ZOS y GULLÓN BALLESTEROS) se inclina por una flexibilización en la aplicación del principio *superficies solo cedit*, y consideran como solución “jurídicamente correcta”, la extensión del derecho de superficie a lo edificado, o lo que es lo mismo, que el superficiario haga suya la obra del edificante de buena fe, indemnizándolo.

3.3.2.5. Hipoteca

Desde que la hipoteca se constituye hasta que la deuda con ella garantizada es satisfecha²⁶⁶, cabe la posibilidad de que el inmueble gravado sufra transformaciones²⁶⁷ que incidan en su valor y en su fisionomía. Para el caso de que la alteración objetiva suponga una disminución del valor de la finca hipotecada, la propia ley protege la posición del acreedor hipotecario ofreciéndole distintas opciones (cfr. artículos 1129.3º C.c., y en especial los artículos 117 LH y 219.2º RH relativos a la acción de devastación²⁶⁸), junto a otras medidas preventivas como el posible vencimiento anticipado del crédito, el reforzamiento de la hipoteca con otras garantías como avales, contratación

que el superficiario se había obligado a construir, lo que resultaría perjudicial al superficiario el aceptar y pagar un edificio distinto al que había convenido construir. También para el caso de aplicarse con todo rigor el principio *superficies solo cedit*, la solución del artículo 361 C.c., resultaría igualmente perjudicial para un *dominus soli* que no se quiere desprenderse de la propiedad de su *solum* y pagar una construcción distinta a la deseada.

²⁶⁶Especialmente si el pago se hiciera con la ejecución hipotecaria.

²⁶⁷La finca como objeto básico de la hipoteca inmobiliaria es una entidad muy compleja y “dinámica” (STS de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10359) y reproduciéndola las STSS de 28 de febrero de 1991 (RJ 1991/1607), de 15 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8980), y de 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3866)), susceptible de experimentar cambios naturales y artificiales en el lapso de tiempo que media entre la constitución y la extinción, o en su caso la ejecución de la garantía

²⁶⁸Nos encontramos ante la denominada por la doctrina acción de devastación, que ampara al acreedor hipotecario para cuando la finca hipotecada disminuye de valor mediando culpa, dolo o voluntad del dueño, cuyos requisitos vienen enumerados en la RDGRN de 2 de octubre de 2006 (RJ 2006/8196) que declara “. . . la acción de devastación tendente a reprimir o reparar el menoscabo que pueda sufrir el bien hipotecado no significa que no pueda atribuirse convencionalmente al mismo acreedor, la facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito para el caso de disminución de las garantías por causas objetivas y lograr a través de la inscripción registral, hacerla oponible a terceros, lo que viene a suponer y admitir, no solo la modulación por vía de pacto del vencimiento anticipado que establece el artículo 1129.3º CC para concretar el grado de quebranto o pérdida de valor de los bienes que se configura como disminución de la garantía, sino también, que a su amparo, pueden configurarse como causas de vencimiento anticipado pérdidas o disminuciones del valor de los bienes producidas con independencia de la existencia o no de culpabilidad del deudor o propietario, admitiendo como tales hechos o circunstancias que supongan un riesgo para la subsistencia y rango de la garantía. . .” Doctrina que reitera y amplía la establecida por la RDGRN de 22 de marzo de 2001 (RJ 2002/2188), si bien ésta última había establecido unos requisitos o exigencias mínimas como son la concreción de la disminución del valor que la determine y que la misma no quede al arbitrio de una de las partes. La realización de una obra bien por el *dominus soli* con materiales ajenos o bien por un tercero ajeno, en finca hipotecada sin respetar, por ejemplo, la normativa urbanística, servidumbres existentes como la inobservancia de distancias en la apertura de huecos o ventanas, etc. . . justificaría el ejercicio de tal acción ya que con ella se trata de eludir tanto daños físicos como jurídicos. MATHEU DELGADO, J. A., *La configuración jurídica del derecho de vuelo y subsuelo en el ordenamiento español y su incidencia en el marco normativo del régimen de propiedad horizontal*, Servicio de publicaciones universidad de La Laguna, 2009, págs. 551 y ss.

de seguros, etc. Pero también puede ocurrir lo contrario, que la modificación de la finca suponga un incremento de su valor, en tal caso nuestro derecho parte de un regla general de extensión a la que prevé excepciones²⁶⁹ (cfr. artículos 109 LH y 1877 del C.c., con artículos 110 a 113 LH).

La regla general²⁷⁰ es que la hipoteca se extenderá a las reparaciones o mejoras que “no consistan en. . . nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere”²⁷¹ (cfr. artículo 109 y 110 LH, y artículo 1877 C.c.)²⁷², esto es, el acreedor hipotecario verá

²⁶⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Extensión objetiva de hipoteca Inmobiliaria (razón, ámbito y disponibilidad de su régimen general y excepcional)”, Aranzadi, 2012, págs. 74 y ss., y en su artículo “Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada, según nuestra jurisprudencia”, págs. 2 a 5. <http://abogadosceuta.es/data/documents/Extension-hipoteca-a-edificaciones.pdf> (16-12-2015).

²⁷⁰De conformidad a lo preceptuado en el artículo 1877 C.c., también en los artículos 108.1, 109 a 11 LH, y 215 RH, aunque no se haya pactado la hipoteca se extiende a las partes que integran el inmueble en el momento de la ejecución (STS de 28 de febrero de 1991 —RJA 1991/1607—). Se incluyen así las accesiones naturales, las edificaciones preexistentes, las elevaciones de edificios posteriores a la constitución de hipoteca, las plantaciones, las mejoras realizadas por el propietario que no consistan en agregaciones de terrenos excepto por accesión natural o en la construcción de edificios donde antes no los hubiere. Añade CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 1859 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. IX., Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 12840, que la hipoteca también se extiende a los inmuebles que no puedan separarse sin detrimento del inmueble, los derechos inseparables de la finca (servidumbres, cuotas sobre elementos comunes en régimen de propiedad horizontal), el exceso de cabida, y aunque se inscriba en folio independiente la hipoteca se extiende al aprovechamiento urbanístico de la finca gravada.

²⁷¹Hoy la interpretación que hay que dar a la expresión “nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere” desde la gestación del artículo 110.1º LH, ha cambiado. Debemos analizar el contexto histórico-legislativo y ubicar la reforma hipotecaria de 1944-1947 como contemporánea de una época en la que urgía la necesidad de construcción para satisfacer la necesidad de vivienda a una población que emigraba en masa del campo a la ciudad, originándose con ello nuevos conflictos sociales que, en principio carecían de suficiente o expreso amparo legal, surgiendo así para dar solución las primeras leyes sobre Propiedad Horizontal (1939), de Arrendamientos Urbanos (1944), sobre derecho de superficie (artículo 16 RH-1944) o sobre el Suelo (1956), que darían origen a nuevas fincas funcionales y registrales, que se contemplarían en la LH de 1961, y que se han venido a añadir, por razones de especialidad y publicidad, nuevos casos sobre los que tampoco se extiende la hipoteca. Así habría que excluir de la extensión de la hipoteca el caso de “elevación de edificios” del artículo 110 LH, en principio incluido en aquella extensión, en tanto esas nuevas plantas, pisos formen una finca registral independiente de la originariamente hipotecada. Por ejemplo, la hipótesis contemplada por el artículo 8.5º de la LH, supuesto que se puede complicar aún más si dentro del piso o local hay subdivisión que genera otras fincas funcionales con entidad registral propia (vid. artículo 68 RH), en tal caso la hipoteca originaria, recayente sobre la casa o edificio no se expandirá sobre la ampliación que se independiza como inmueble y finca registral, y por tanto, como posible objeto autónomo de hipoteca (vid. artículo 107.11º LH) salvo que esté hipotecado todo el inmueble, y carecieren de autonomía registral todos sus pisos o, aun teniéndola consintieran sus dueños la extensión de la hipoteca (vid. artículo 8.4 LH Y 218 RH). CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 9 y 10.

²⁷²Lo decía la Exposición de Motivos de la LH de 1861, con las siguientes palabras: “Esta extensión de la hipoteca encuadra también apoyo en la presunción de que tal fue la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho real. No sucede así en el caso de que la finca hipotecada pase a manos de un tercer poseedor; la voluntad no puede presumirse en él de la misma manera; por esto la comisión, siguiendo en parte lo establecido por las leyes. . . propone que los frutos pendientes y rentas vencidas no se entiendan en este caso sujetos a la hipoteca, y que lo mismo suceda respecto a los muebles colocados

ampliada su garantía respecto a la mejora, aunque el deudor hipotecante enajene la finca, o para el caso de que se ejecutara la hipoteca, su derecho recaerá sobre el precio de remate aumentado por la mejora²⁷³.

El problema respecto a la salvedad referida contemplada en el artículo 110.1º LH²⁷⁴ *in fine*, se plantea porque aun extendiéndose la propiedad por accesión a las nuevas construcciones realizadas después de constituida la hipoteca (art. 358 C.c.), (tanto las realizadas en terreno propio con materiales ajenos, como las ejecutadas por un tercero ajeno²⁷⁵), la hipoteca, sujeta más que ninguna otra carga real a los principios hipotecarios de especialidad y publicidad²⁷⁶, coadyugados por el de tracto sucesivo, no podrá expandirse con la propiedad sobre la que recae²⁷⁷, salvo que en la escritura de constitución se haya incluido pacto expreso de extensión a edificaciones futuras²⁷⁸ (que vinculará a los que lo han suscrito y sus herederos pero no a terceros, salvo que acepten subrogarse en la posición del deudor (art. 1257 C.c.), y para seguridad del acreedor hipotecario, conste tal incremento mediante la oportuna inscripción registral, esto es, la inscripción de la obra nueva²⁷⁹ conforme a los artículos 208 LH y 308 RH. Inscripción que deberá llevarse a cabo por el *dominus soli*, al tratarse de bienes inmuebles (cfr. artículo 334 C.c.), fincas independientes²⁸⁰ que pueden ser objeto

permanentemente en los edificios, y a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad y transformación, siempre que unos y otros se hayan costeado por el mismo dueño”.

²⁷³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 77.

²⁷⁴El artículo 110. 1º *in fine*, excepciona de la extensión de la hipoteca inmobiliaria la agregación de terrenos y la construcción de nuevos edificios donde antes no los hubiere.

²⁷⁵El tercero de buena fe que construye en una finca hipotecada se encuentra ante una serie de problemas e inconvenientes. Está el más que probable pacto de extensión de la hipoteca a edificaciones “hechas y hacederas” contenida en la escritura de hipoteca que aunque teóricamente no debiera afectarle ya que fue suscrito por *dominus soli* y acreedor hipotecario, se presumirá, con base al 359 C.c. que el *dominus soli* es quien hizo la obra y el acreedor hipotecario se verá beneficiado porque la ejecución será por toda la finca con sus accesiones. Es más, el edificante verá como la hipoteca se extiende a sus accesiones, a menos que pruebe que fue el quien llevó a cabo la construcción, prueba que como advierte NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 77, es muy difícil al tener que luchar contra “la presunción de propiedad y posesión del *dominus soli* (artículo 38 LH) y con la de que el contenido del Registro se presume conocido”.

²⁷⁶CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 6.

²⁷⁷SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., “La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario”, *RCDI*, N° 662, 2000, págs. 3097 y ss.

²⁷⁸Pacto al que alude la STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991/201), que recoge expresamente el pacto de que la hipoteca se extendería a “las obras nuevas, hechas y hacederas”, en idéntico sentido la STS de 10 de junio de 1995 (RJ 1995/4915), que habla de “las mejoras, edificaciones, y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen...”. Pacto al que también se hace referencia en el estudio jurisprudencial de CORRAL DUEÑAS, F., *La finca y sus modificaciones*, Lex Nova, Valladolid, pág. 171, donde el Tribunal Supremo en su STS de 16 de octubre de 1993, reconoce extendida la hipoteca por pacto expreso a las construcciones nuevas que se realizasen en la finca.

²⁷⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 77, advierte que para que el acreedor hipotecario esté seguro ante la posible aparición de nuevos adquirentes de la finca, es preciso que el deudor hipotecante otorgue escritura de obra nueva y la hipoteca se establezca sobre la finca con esa nueva edificación.

²⁸⁰En todo sistema de Registro, la entidad finca constituye la unidad básica o fundamental. Para el perfecto juego de Los principios hipotecarios y principalmente para los de especialidad, fe pública y

de propiedad separada o derecho real independiente²⁸¹, de folio real propio y por tanto de hipoteca separada y diversa de la propiedad, del folio registral y de la hipoteca que existe respecto al suelo²⁸².

Sentado lo anterior, también tiene su importancia y puede ocurrir, que cuando se constituye hipoteca sobre un terreno, con carácter previo a tal constitución, el *dominus soli* haya edificado sobre el mismo con materiales ajenos²⁸³ o que tal edificación la haya realizado un tercero ajeno, sin que la misma se encuentre inscrita en el Registro de la propiedad, ni se haya realizado declaración de obra nueva²⁸⁴, ni tan siquiera

tracto sucesivo, es indispensable que la constatación registral se efectúe en base del historial jurídico de cada finca, unificado en la correspondiente hoja que a cada una de ellas se abre al inmatricularla. La finca, entidad hipotecaria, es el soporte jurídico de los derechos reales que a ella se refieren y responde a la necesidad de especificarlos. Para ROCA SASTRE, *Instituciones de derecho hipotecario* T. I., Bosch, Barcelona, pág. 122, la finca es la “unidad fundamental permanente y estable” es afirmado desde antiguo por resoluciones como la RDGRN de 26 de diciembre de 1934, también lo afirma la RDGRN de 11 de abril de 1928 para la que una de las exigencias del Registro “derivada del principio de publicidad es la de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial, con objeto de que las terceras personas a quienes la inscripción interese según dónde han de encontrar cuanto al inmueble haga relación y cuanto defina su situación jurídica, sin temor a las limitaciones consignadas en otros asientos independientes”.

²⁸¹CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit. pág. 501, ponen como ejemplo la hipoteca de pisos y locales independientes, y es que una vez formalizada la escritura de división horizontal esos pisos nuevos y sus propietarios, pueden verificar la distribución de responsabilidad hipotecaria entre las distintas unidades independientes o configurar tantos créditos hipotecarios como viviendas o locales se contruyan (artículo 107.11º LH).

²⁸²Tales fincas tienen la aptitud para conformar por sí solas finca material y registral, de la que carecen las plantaciones y las otras mejoras de las edificaciones y agregaciones, a las que en base a ello sí se extiende la hipoteca de modo automático tal y como lo establece el artículo 110.1º LH. Ahora bien, a mitad del siglo XX, se generalizó el fenómeno constructivo ante la necesidad de dar alojamiento a una población que emigraba del campo a la ciudad, originando importantes conflictos sociales a los que trataron de dar solución nuevas leyes que iban surgiendo en materia de Propiedad Horizontal (de 1939), de Arrendamientos Urbanos (de 1944), sobre el derecho de Superficie (artículo 16 del RH), o la Ley del Suelo (de 1956), leyes contemporáneas con la importante reforma hipotecaria de 1944-1947. Algunas de las leyes mencionadas darían origen a nuevas fincas funcionales y registrales (vid. *Ex* artículos 8.5, 107. 11º LH, 66 y 68 RH), distintas de las agregaciones y edificaciones, ya contempladas como tales desde la LH-1861, de modo que se han añadido nuevos casos en los que, por razones de especialidad y publicidad tampoco sobre ellas opera la extensión de la hipoteca. Así habrá que excluir del supuesto de extensión de la hipoteca al caso de “elevación de edificios” que a priori aparece proclamado en el artículo 110.1º, cuando las nuevas plantas den lugar a una finca independiente de la originariamente hipotecada (artículo 8.5 LH, que podría complicarse más si el piso o local hay subdivisión que genera nuevas fincas funcionales con entidad registral propia (vid. Artículo 68 RH y 107.11º LH)). En tales casos la hipoteca originaria no se expandirá sobre la ampliación salvo en el caso de estar hipotecado todo el inmueble y carecerán de autonomía registral todos los pisos o, aun teniéndola, sus dueños consintieran la extensión de la hipoteca (artículo 8.4º LH y 218 RH). CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 10.

²⁸³Resulta indiferente que se realice con materiales ajenos o propios aunque en tal caso *dominus soli* que construye en terreno propio con materiales que también son de su propiedad supone el ejercicio de sus facultades dominicales *iure proprio no iure accessionis*.

²⁸⁴Vid RDGRN, de 7 de julio de 1960 (RJ 1960/2490) que revoca la nota del registrador que había denegado la inscripción, invocando defecto subsanable, porque en la escritura de venta donde el *dominus soli* describe conjuntamente casa y solar sobre el que construyó aquella, yerra y no describe de forma reglamentaria el solar sobre el que se levantó el edificio. Afirmo la Dirección General: “Considerando

sea mencionada en la escritura de hipoteca, ni en su inscripción, en cuyo caso hay quien²⁸⁵ entiende que tampoco debiera extenderse a la misma la carga real²⁸⁶ (vid. Artículo 110, 1º LH)²⁸⁷, porque no nos encontramos ante una ampliación vertical u horizontal de un inmueble preexistente sino ante una nueva finca²⁸⁸, en sentido material y registral, autónoma e independiente del suelo, salvo que haya pacto²⁸⁹ expreso

que la determinación del inmueble requerida por el principio hipotecario de especialidad, constituye una de las más principales misiones de la función calificadoras. . . Considerando que de conformidad con lo establecido en el artículo 208 LH desenvuelto por el artículo 308 del Reglamento para su ejecución, en la escritura calificada se describe la finca urbana en su totalidad y se hace además la indicación de que la obra nueva fue construida sobre un solar por el propietario, a su costa y que fue satisfecho su importe, y como los datos de situación, medida, superficie del solar y linderos coinciden exactamente con la de la descripción de la casa y no aparece omitida ninguna de las circunstancias exigidas por el artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento, es forzoso concluir que se han cumplido todos los requisitos leglamente necesarios para la identificación de la finca y su inscripción en la forma pretendida”.

²⁸⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 10.

²⁸⁶En contra CORDERO LOBATO, op. cit., pág. 12841, que considera que la hipoteca también se extiende sin pacto a las edificaciones existentes en la finca aunque no se haya declarado la obra nueva y aunque las mismas no se mencionen en la escritura. Aunque añade que esta extensión sólo es posible si las edificaciones pertenecen al edificante del suelo, sin que, al tratarse de edificaciones extrarregistrales el acreedor pueda prevalerse a ningún efecto de la protección que le dispensa la fe pública registral. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., HERNÁNDEZ GIL, F., MIRANDA DE LAS HERAS M.J., *Ley y Reglamento Hipotecario, Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Madrid, 2005, págs. 170 a 172. Vid. RDGRN de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2046), relativa a la constitución de hipoteca sobre finca en construcción, así como STS de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10359) “el concepto de extensión de hipoteca. . . no va referido a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones, constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución”; también, la STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991/101) precisa que el artículo 110 LH en su apartado primero entiende hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencione en el contrato, las obras que consisten en nueva construcción de edificios “donde antes no los hubiere”, y resulta probado en el supuesto de hecho controvertido que al constituirse la hipoteca había un edificio “ya construido”, casi en su totalidad, luego no puede hablarse, como es el supuesto de hecho invocado, que “después” de constituirse la hipoteca se construyeron nuevos edificios. La STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/6358), especifica que en caso de pérdida del bien hipotecado se produce una subrogación real en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real, sistema que sigue nuestro Derecho positivo artículos 1877 del Código y 110.2 LH y artículo 40 de Ley de Contrato de Seguro. CORRAL DUEÑAS, op. cit., págs. 240 y 241.

²⁸⁷CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 10.

²⁸⁸Una ampliación que se independiza como inmueble y finca registral, y por tanto, susceptible de integrar un objeto autónomo de hipoteca. De la aptitud de formar por sí sola una nueva finca material y registral, carecen las plantaciones y las otras mejoras diversas de las edificaciones y de las agragaciones, a las que por ello sí se extiende automáticamente la hipoteca. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 10.

²⁸⁹613 Pacto que vinculará al que lo haya celebrado y a sus herederos pero no a terceros, salvo que acepten subrogarse en la posición del deudor (artículo 1257 C.c.). NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 77. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 10. Advierte este autor que la entidad bancaria suele añadir, a mayor abundamiento en las escrituras de constitución de hipoteca el pacto de extensión referido a obras nuevas o ya hechas. Vid. STS de 19 de junio de 2008 (RJ 2008/3225), en la que el más alto Tribunal considera que los pactos contenidos en la escritura de constitución de hipoteca relativos a su extensión a las nuevas edificaciones realizadas en la finca no vulnera el justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes y no se trata de una cláusula abusiva. Es más señala la referida sentencia

de extensión recogido en la escritura de constitución. Sin embargo, y aunque encontramos alguna sentencia aislada que recoge esta toma de postura (vid. STS de 8 de junio de 2004 (RJ 2004/3817)²⁹⁰, no es éste el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, que basándose en una interpretación literal del artículo 110.1º LH, incluye en la regla expansiva de la hipoteca a accesiones y mejoras “aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario”, y sólo excluye la “nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere”, luego si los hay, a ellos se extenderá la hipoteca²⁹¹. Argumento al que se ha adherido la doctrina mayoritaria que secunda esta posición jurisprudencial y añade otras razones para fundamentarla como, la analogía con el exceso de cabida²⁹² (art. 215 RH), o que el hecho de estar o no declarada la

que la posibilidad de pacto modificativo del régimen señalado en el artículo 110.1º in LH in fine, se deduce de otras resoluciones como por ejemplo las STS de 20 de marzo de 1992 (RJ 1992/2213) y 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733). Es más, alude a que doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que tanto la norma del artículo 110 como la del 109 LH son dispositivas, y por tanto, las partes pueden regular la extensión de la hipoteca de conformidad con sus conveniencias, no sucediendo lo mismo en el ámbito de las relaciones entre el acreedor hipotecario y tercer poseedor, a las que se aplican las prescripciones previstas en los artículos 112 y 113 LH.<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/financiacion/3.pdf> (22-12-2015).

²⁹⁰La STS de 8 de junio de 2004 (RJ 2004/3817) resuelve el supuesto de hecho relativo a la no extensión de la hipoteca a una vivienda no inscrita que fue construida sobre una nave industrial antes de que esta última fuera hipotecada. El Juzgado de primera instancia extiende la hipoteca a la vivienda. La Audiencia Provincial la excluye, esgrimiendo como argumento a favor de su decisión que la vivienda no está incluida en la descripción de la finca, de la nave ya hipotecada, y que no se trata de una simple mejora a los efectos de los artículos 109 y 110 LH. Siendo idéntico el razonamiento ofrecido por el TS, al que debemos añadir otros como la seguridad del tráfico jurídico, es más, cierto es que el artículo 110LH declara la expansión de la hipoteca a los bienes enumerados aunque “aunque no se mencionen en el contrato”, pues carecen de autonomía material y registral y por ello opera la extensión automática, pero tratándose de inmuebles que gozan de autonomía, al menos su mención en el contrato de hipoteca tendría relevancia no sólo fáctica sino también jurídica.

²⁹¹Esta es la razón en la que se apoya el Tribunal Supremo en sus STSS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991/101), 20 de marzo de 1992 (RJ 1992/2213), y 10 de junio de 1995 (RJ 1995/4915), esto es, como el edificio está construido, aunque no se mencione ni siquiera en la escritura de constitución de la hipoteca, a él se extenderá la misma. También, se aplica a los casos de edificios en construcción, así la STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991/101) considera probado que «al constituirse la hipoteca había un edificio “ya construido” en casi su totalidad; luego no puede hablarse, como es el supuesto de hecho del precepto invocado, de que después de constituirse la hipoteca se construyeron nuevos edificios». CORRAL DUEÑAS, F., op. cit., pág. 171.

²⁹²Afirma CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 10, que el exceso de cabida no viene a ser más que el aumento superficial de la medida que registralmente reflejan los libros en los que la finca está inscrita, es decir, los linderos de la finca que limitan la misma, definen la superficie a que se extiende el dominio. No supone, como advierten SÁNZ FERNÁNDEZ y LACRUZ BERDEJO ni una inscripción, ni una inmatriculación de superficie no inscrita, lo que hay es simplemente una rectificación de una medida superficial. La resolución citada dice: “la constatación registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una esencia de inmatriculación, aunque a primera vista así pudiera parecerlo en cuanto ingresa en el Registro una superficie que antes no figuraba inscrita, pero un examen más profundo revela que simplemente se trata de rectificar una medida superficial de fincas ya inscritas en su totalidad”. Es más, precisa CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, que en el exceso de cabida hay una simple corrección registral, pero no una modificación en sí de la finca registral. A diferencia de lo que ocurre con las “agregaciones no naturales” que implican un exceso real y también registral de superficie que al requerir una auténtica agregación también registral no son objeto de extensión legal o automática

obra es irrelevante a estos efectos, pues la declaración es fáctica, del mero hecho de la construcción y no jurídica o de derechos, o que en virtud del principio *superficies solo cedit*, el edificio forma una unidad indisoluble con el *solum*, una única finca registral, e hipotecada. (RDGRN de 21 de febrero de 1995 (RJ 1995/1735))²⁹³.

Supuesto distinto, aunque estrechamente relacionado con el anterior, es aquél en que la edificación existía antes de constituirse la hipoteca, pero no consta inscrita, aunque sí se hace mención a ella en la escritura de hipoteca que se inscribe. Para la opinión mayoritaria se considera suficiente la preexistencia real de la construcción para la extensión de la hipoteca²⁹⁴, tenga o no reflejo en el mundo del Registro, por las razones antes esgrimidas, y más aún, si la construcción es mencionada en la escritura de hipoteca, porque a través de ella, con su inscripción, accederá a la vida registral. En este sentido se pronuncia la RDGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1986/1008)²⁹⁵ que declara que se puede inscribir una hipoteca sobre una finca en la que se indica

de la hipoteca y cita las palabras de ROCA SASTRE referidas al artículo 215 RH, más que entender que “la hipoteca se extenderá también sobre esta mayor cabida registrada” es que en realidad “la hipoteca gravará dicha finca en toda su extensión”.

²⁹³En idéntico sentido la RDGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1986/1008) que establece que la extensión de la hipoteca según los artículos 109 y ss de la LH “no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359C.c.”.

²⁹⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 11 y 12. Advierte este autor, que no se trata en tal caso de dar relevancia a un pretendido caso de mención registral, rechazado por nuestra Legislación hipotecaria en los artículos 29, 98 LH y 355 RH. Concretamente el artículo 29 LH es terminante al establecer que la fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada o especial; y no ha sido menos determinante la jurisprudencia al declarar que la simple mención de cualquier carga o gravamen, si no se halla inscrita o anotada en el Registro, no puede perjudicar a tercer adquirente (vid, SSTS de 31 de diciembre de 1963, de 20 de mayo de 1964, de 17 de octubre de 1967, de 27 de junio de 1986 y más recientemente de 20 de octubre de 2002). DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, HERNÁNDEZ GIL, MIRANDA DE LAS HERAS, op. cit., págs. 71 y 72.

²⁹⁵La RDGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1986/1008) resuelve el siguiente supuesto de hecho: En escritura autorizada de 1983 en una Notaría de Murcia, el dueño de la finca sita en el municipio de Nuevo Bazán (Madrid), mediando consentimiento de su esposa constituyó hipoteca en garantía de préstamo sobre una parcela propiedad del matrimonio, manifestando que en ella existe un chalet de 120 metros construido. La hipoteca alcanzaba según la escritura al solar descrito “con la edificación que se dice o cualquier otra no citada expresamente en esta escritura que pudiera existir en el mismo”. Denegada la inscripción y confirmada tal denegación por el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, la Dirección general la revoca de conformidad a la doctrina siguiente: “Considerando que la cuestión debatida en el presente recurso consiste en determinar si procede o no un derecho real de hipoteca que se ha constituido sobre una finca en la que se indica existe una vivienda-chalet... Considerando que la mencionada cuestión aparece resuelta en el artículo 110.1º. LH que al tratar de la extensión de la hipoteca sólo excluye de su contenido a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere, pero no a los que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca... Considerando por tanto que la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda no constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues ésta se extenderá a aquella, aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato, lo que no es sino una consecuencia de los artículos 358 y 359 C.c... Considerando por último que en la escritura calificada no se vulnera el principio de especialidad -porque se concreta la finca registral sobre la que recae el gravamen-, ni tampoco el de tracto sucesivo —porque la finca figura inscrita a favor del constituyente de la hipoteca—.” En idéntico sentido, la RDGRN de 8 de julio de 1997 (RJ 1997/5790), de cuyo análisis se ocupa CORRAL DUEÑAS, op. cit., págs. 245 y 246.

que existe una edificación, sin necesidad de previa inscripción de la declaración de la obra nueva de la misma²⁹⁶. No obstante lo anterior, creo más adecuado entender que la razón de la extensión de la hipoteca a una edificación ya existente y mencionada al tiempo de la escritura e inscripción de la misma, es que en esa inscripción va o puede ir incluso una declaración de obra nueva de conformidad a lo establecido en el artículo 308.1º RH²⁹⁷, en su primera parte, por lo que habría constancia registral del inmueble, de su propiedad y de la hipoteca, ya sea en el mismo folio registral del suelo hipotecado (que es lo más probable), o en folio diverso, por lo que nos encontraremos, más que ante un supuesto de extensión de hipoteca, ante una hipoteca constituida desde un principio sobre una propiedad única integrada por *solum* y edificación²⁹⁸.

También cabría la posibilidad de que después de construido el edificio se enajenara la finca hipotecada²⁹⁹. No habría problema, si el adquirente se subroga en la posición del deudor hipotecario, que suele ser lo habitual, asumiendo la posición del transmitente y con ello la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones, si así expresamente se hubiere pactado³⁰⁰. Ahora bien, si después de construido el edificio, (para el caso de edificación posterior a la constitución de la hipoteca), o sin mención por el hipotecante de la construcción en la escritura de hipoteca (para el caso de edificación existente), y sin estar realizada la declaración de obra nueva, la finca pasa a ser propiedad del mal llamado por la ley “tercer poseedor”³⁰¹, esto es, nuevo propietario que

²⁹⁶CORRAL DUEÑAS, op. cit., págs. 241 y 242.

²⁹⁷El artículo 308. 1º RH, manifiesta: “Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas, podrá efectuarse: 1º Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca o transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora”.

²⁹⁸Propiedad única que como tal se ejecutará en caso de impago de conformidad a lo previsto por el artículo 130 LH, que declara que la ejecución hipotecaria se realizará “sobre la base de los extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

²⁹⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 77 y 78.

³⁰⁰La doctrina mayoritaria (desde que ya lo defendiera MORELL Y TERRY en sus comentarios a la Ley Hipotecaria) y prácticamente la unanimidad de la jurisprudencia admiten la validez del pacto, e incluso su eficacia frente a terceros (dada su constancia registral), que establece la extensión de la hipoteca a futuras agregaciones y edificaciones, aun cuando la finca sea transmitida a tercero. Vid. SSTS de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733), 19 de junio de 2008 (RJ 2008/3225), de 21 de mayo de 2009 (RJ 2009/2416), también las RRDGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1986/1008), de 23 y 26 de octubre de 1987 (RJ 1987/7660 y 7661), 19 de enero de 1996 (RJ 1996/586), y 21 de diciembre de 2010 (2011/263).

³⁰¹El origen del término es puramente histórico. El sistema romano no conoció el concepto de derecho subjetivo, en el sistema formulario no se trataba de que a un derecho correspondiera una acción, sino exactamente al contrario, cuando existía una *actio* podía afirmarse que existía un derecho. El derecho nace cuando el pretor admite que una determinada situación jurídica puede dar lugar a una pretensión susceptible de ser deducida ante los Tribunales. Se distinguían entre acciones personales y reales en función de la *intentio* que daba lugar a la fórmula que iniciaba el procedimiento. Siendo real aquella acción en la que la *intentio* mostraba una pretensión respecto de una cosa. Así la que después se denominará acción hipotecaria, era una acción en la que el acreedor pretende que la cosa dada en garantía, sea quien sea el que la posea, y el título e virtud del cual posea (*ius persecuendi*), le sea entregada (*ius distrahendi*) para proceder a su realización (*ius vendendi*) y poder satisfacer su crédito con su importe. Este sistema, pasa en líneas generales a las Partidas. Y dando un gran salto en el tiempo y situándonos en un momento anterior a la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 cuando ya estaba vigente el hoy

no ha aceptado la deuda³⁰², y por tanto ajeno a la constitución de la hipoteca y a la propia deuda, éste (tercer poseedor) no quedará vinculado por el pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones en su día incluido por el *dominus soli* en

llamado juicio ejecutivo, que en el marco de la ejecución de títulos extrajudiciales viene determinado en gran medida por la denominada cláusula guarentigia “pacto por el que se concedía a los señores jueces de su Majestad, que de este negocio deben conocer conforme a derecho, para que le apremien a su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe” (Febrero 1829), pero sobre todo se ha producido un cambio en la posición del acreedor. Ahora no puede pretender como sucedía en las Partidas que se le entregaran los bienes para su venta. El aumento del poder real hace que los bienes deban ser realizados por un tercero (un escribano) que además no era de su elección. Según se deduce de las palabras de Febrero, había que distinguir según los bienes se encontraran en poder del deudor o en poder de tercero poseedor. En este último caso el acreedor debía dirigirse primero contra los bienes del deudor principal y sus fiadores y sólo en último término contra el tercer poseedor, que gozaba de un beneficio de excusión; y más aún para proceder contra el tercero había que acudir a la vía ordinaria, ya que el título ejecutivo se concedía contra el deudor, no contra el tercero. Este beneficio de excusión se estableció en la Novela 4, capítulo 2, y pasa a las Partidas (P. 5.14.13). Y salvo supuestos excepcionales donde no funcionaba el beneficio de excusión, y se podía proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, si bien citándole para todas las diligencias ejecutivas, la doctrina mayoritaria, antes de la Ley Hipotecaria de 1861 era que este beneficio tenía plena virtualidad. Su razón, porque las hipotecas eran consideradas cargas ocultas, pero se traducían en una verdadera tortura para el acreedor, al obligarlo a iniciar procedimientos contra el deudor, quizá insolvente o con bienes insuficientes y contra los fiadores. Por ello, cuando se instaura el Registro de la Propiedad, se considera conveniente que desaparezca ese beneficio de excusión. <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2014-posicion-procesal-tercer-poseedor-finca-hipotecada.htm>.

³⁰²Debemos señalar que la Ley Hipotecaria siempre ha contenido una definición fragmentaria e incompleta del tercer poseedor. Su definición se encontraba en el artículo 127 de la LH 1946 al referirse al “comprador” de la finca, indicando en su párrafo tercero aún en vigor que también se considerarían terceros poseedores aquellos a los que se refirió el artículo 134 LH, que hacía referencia a los adquirentes del usufructo, del dominio útil, de la nuda propiedad o del dominio directo de la finca hipotecada. Tras la reforma por la actual LEC 1/2000, del artículo 134 LH, y la desaparición de estas precisiones, su definición tenemos que buscarla hoy en la regulación del tercer poseedor de cosa embargada en el artículo 662 de la LEC que reza “1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Oficina judicial, lo que se acordará por el Secretario judicial sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores. 2. Se considerará asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo”. Vid también NAVARRO CASTRO, op. cit. pág. 976 y 977.

la escritura de constitución de la hipoteca³⁰³. Es más, resultará nulo³⁰⁴ el pacto que incluya las futuras edificaciones (también agregaciones de terreno) que, una vez transmitida la finca hipotecada, realice el tercer poseedor³⁰⁵ (Vid. RRDGRN de 26 y 26 de octubre de 1987 —RJ 7660 y 7661—, la de 19 de enero de 1996 —RJ 1996/586—³⁰⁶, la de 21 de diciembre de 2010 —RJ 2011/263—). Ahora bien, aun siendo cierto que al propietario de las accesiones (tercer poseedor) no se ve afectado por la extensión de la hipoteca, sí le será extensiva la ejecución, en caso de impago de la deuda garantizada³⁰⁷, pues se rematará la finca entera aunque le pertenecerá el importe en que se valoren las accesiones³⁰⁸ (que en la práctica será el exceso del remate respecto al valor

³⁰³CORDERO LOBATO, op. cit., pág. 12842, manifiesta que los derechos de reembolso que los artículos 112 y 113 LH conceden al tercer poseedor de finca hipotecada son normas imperativas que no pierden su eficacia por la existencia de cláusulas de extensión convencional de la hipoteca, que únicamente son eficaces frente al deudor. Vid. RDGRN de 23 de octubre de 2007 (RJ 2007/7660) y 26 de octubre 2007 (RJ 2007/9251). Sólo será válido el pacto por el que el propio sujeto, al adquirir la finca o realizar la accesión, renuncie a la exclusión de hipoteca pues en tal caso renunciará a un derecho que le es propio y que no afecta a terceros. De igual modo que, si al adquirir la finca el comprador asume también la deuda, en tal caso el pacto de extensión será eficaz u oponible, por convertirse dicho adquirente en parte del mismo. En tal caso tampoco se puede considerar al adquirente como tercer poseedor. Así lo ha advertido la Dirección General en sus resoluciones de 19 de enero de 1996 (RJ 1996/586), y 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/263).

³⁰⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 16.

³⁰⁵El pacto que realice el actual propietario que hipoteca su finca con el compromiso de que la referida hipoteca se extienda a las agregaciones o edificaciones que sean realizadas por un posible tercer adquirente, se trataría de una simple promesa de hipoteca (por ser imposible la hipoteca actual sobre bienes futuros), y ésta sólo tendría eficacia *inter partes* como bien lo señala el artículo 1862 del Código civil. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Extensión. . .”, op. cit. pág. 16.

³⁰⁶La STS de 19 de enero de 1996 (RJ 1996/586) se encuentra referida a un supuesto de construcción realizada por el tercer poseedor y por el subrogado en lugar del deudor. Resuelve que no es inscribible la cláusula por la que se extienda la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas por el tercer poseedor; pero sí a las realizadas por el deudor o por quién se subrogue en su lugar, pues no hay razón para que lo que pueda pactarse sobre la extensión de la hipoteca frente al deudor originario no pueda estipularse frente a quien posteriormente asume su misma posición jurídica tanto en la titularidad pasiva de la finca como en la propiedad del bien gravado. También, la STS de fecha 5 de junio de 1990, sienta las bases respecto a la extensión de la hipoteca cuando la finca pasa a manos de un tercer poseedor, que como *dominus* costea y realiza obras y mejoras en la cosa. El artículo 112 LH dice que “cuando la finca hipotecada pasare a tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca. . . a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación”. Da, por tanto, un tratamiento distinto respecto a las obras y mejoras realizadas por quien no era dueño al tiempo de ser hipotecada, que las regula en el artículo 110 LH. Una diferencia está en que si las obras de reparación, seguridad o comodidad, adorno o elevación de edificios o cualesquiera semejantes, quedan fuera de la hipoteca si las costea el dueño de la cosa hipotecada. Como quedan fuera puede reclamarlas el tercero poseedor. Esta última sentencia es extraída del estudio jurisprudencial realizado por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, HERNÁNDEZ GIL, MIRANDA DE LAS HERAS, op. cit., págs. 173 y 174.

³⁰⁷Pensemos los innumerables problemas que se plantearían si se realizara una ejecución aislada de la finca hipotecada, sin que se ejecute la accesión o la mejora.

³⁰⁸Vid. las SSTs de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733) y de 17 de diciembre de 2007 (RJ2007/8937), que sin abandonar la idea de que la hipoteca no se extiende a las accesiones inmobiliarias y que la ejecución afecta a la finca hipotecada, la adjudicación es conjunta, de toda la finca, con todas las accesiones y mejoras, de modo que a posteriori el adjudicatario del todo, si sólo ha pagado en subasta la parte hipotecada y en aras de evitar un enriquecimiento injusto, debe pagar al anterior dueño

de la finca hipotecada, deducidas otras posibles accesiones y mejoras a las que sí se extienda la hipoteca y pertenezcan al acreedor)³⁰⁹. Esta es la solución que han aplicado las SSTs de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733), de 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8937) y de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/710) para un supuesto de ejecución de solar hipotecado, con chalet o construcción realizada por tercero constructor, cuyo objeto de tasación queda referenciado al valor del solar de la finca registral sin incluir el valor del chalet u obra nueva realizada sobre el mismo, donde finalmente, se adjudica toda la finca con sus accesiones y mejoras al rematante, aunque sólo ha pagado el valor del solar. El rematante se queda con todo y paga al edificante en un acto posterior a fin de evitar su enriquecimiento injusto³¹⁰.

En definitiva, entendemos un error fundar la regla de la extensión de la hipoteca en la accesión, en la inherencia real del principio *superficies solo cedit*. La razón la encontramos en que la accesión no es un modo de crear, ni de adquirir originariamente ninguna hipoteca. La accesión es modo adquisitivo exclusivo de la propiedad³¹¹, como queda totalmente acreditado con los artículos 350, 353, 358 y 375 C.c. (éste último referido a la accesión mobiliaria que no es objeto de estudio.) De modo que, si la propiedad aumenta por accesión, con ella también se expanden los derechos y cargas reales preexistentes sobre la misma, como sucede, como hemos visto, con la hipoteca, usufructo, enfiteusis, etc. . . no es porque éstos se extiendan por accesión, pues como afirma CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA³¹², ella a lo más actuará como su causa final o remota, sino porque tales derechos y cargas son inseparables del dominio sobre el que recaen, porque a través de él se adhieren a la cosa, objeto inmediato de la propiedad,

el valor de la edificación. El supuesto de hecho de la STS de 17 de diciembre de 2007(RJ2007/8937), consiste en la ejecución de un solar hipotecado, con una construcción posterior de dominio reservado por el constructor, en el que el rematante se queda con todo, aún sólo habiendo pagado el valor del solar, fundada en la doctrina del enriquecimiento injusto.

³⁰⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 13.

³¹⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 13, opina que con la solución que a fecha actual otorga el Tribunal Supremo a los casos de edificaciones nuevas de fincas hipotecadas, desde luego protege a los acreedores hipotecarios, pues tal ejecución de solar más edificación por el valor de la primera no va a causar desánimo en la subasta. Para él la solución que podría darse a tal problema se encontraría en el artículo 13 de la LH en el que parece preverse la ejecución conjunta de finca más edificación, y en su literalidad parece establecerse la posibilidad de que se pague el precio de la parte de inmueble no hipotecada a su titular antes de que al acreedor, en satisfacción de su crédito hipotecario, obtenga la parte del precio correspondiente al valor de la parte de inmueble sí hipotecado (artículo 13 LH, en su último párrafo?. Y se pregunta ¿Por qué no puede ser, entonces, ese mismo método ejecutivo para todos los demás casos en que la hipoteca no se extiende a ciertas accesiones o mejoras? Aunque la ejecución en subasta sea total, del precio obtenido el acreedor sólo tendrá derecho al valor de lo efectivamente hipotecado y no se enriquezca, una vez visto satisfecho su crédito, injustamente. Al propietario del edificio pertenecerá el importe en que se valoren tales accesiones que, en la práctica será el exceso de remate respecto al valor de la finca, deducidas otras posibles accesiones y mejoras que sí se integren en la extensión legal de la hipoteca y pertenezcan al acreedor.

³¹¹Aunque no aparezca expresamente mencionada en el artículo 609 cuya razón fundamental era convalidar la continuidad en la exigencia de título y modo en la adquisición derivativa de los derechos reales. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 6.

³¹²CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 6.

que es la única que se ve incrementada por accesión³¹³.

3.4. Efectos de la pérdida de la propiedad de la cosa accesoria. La teoría del “dominium dormiens” y la posible revivificación de la propiedad de los materiales

Sólo se entiende consumada la accesión en beneficio del *dominus soli*, si el *dominus materiae* no puede retirar los materiales sin menoscabo de la obra construida. Cuando sea posible su retirada no habrá accesión³¹⁴.

El código civil, a diferencia de lo que sucedía en Derecho Romano³¹⁵ y sucede

³¹³La STS de 20 de marzo de 1992 (RJ 1992/2213), fundamenta la extensión de la hipoteca en los artículos 1876 C.c. y 104 LH, y como recuerda CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 6, la exposición de motivos de la LH-1861 “. . . Sirvióles de fundamento que todas las agregaciones eran parte de la finca y que todas pertenecían a la clase de bienes inmuebles, o bien por su naturaleza, o bien por su adherencia a las que lo eran”. Al igual ocurre cuando por la fuerza expansiva y atractiva de la propiedad, se extiende con ella la hipoteca cuando ésta recae no sobre la propiedad sino sobre un derecho o carga real que recae sobre la misma como es el caso de la hipoteca de usufructo (cfr. artículo 107. 2º y 8º). Concluye éste autor que “erróneo sería creer que también en estos casos la hipoteca se expande por su elasticidad (tan erróneo como como creer que en los arts. 109 ss LH la hipoteca se expande por accesión), en ambos casos (arts. 107 y 109 LH), es la propiedad la que se incrementa (ora por su elasticidad, ora por accesión —por su fuerza centrípeta— en definitiva), participando de tal incremento la hipoteca, como cualquier otra carga o derecho real menor, por su inherencia a la propiedad que aumenta”.

³¹⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 359. Para este autor, en sintonía con la doctrina mayoritaria, el segundo párrafo del artículo 360 C.c. no constituye una excepción al primero, pues la accesión precisa una unión inseparable, circunstancia que no se produce en el supuesto contemplado en este segundo párrafo. Así, “cuando ornamentaciones, estatuas, decorados superpuestos, plantas recién sembradas, etc, puedan retirarse sin menoscabo del edificio o de la plantación, ha de entenderse que el dueño de los materiales y la plantación puede hacerlo”. Vid. STS de 28 de abril de 1980 (RJ 1980/1564) que manifiesta “ni los montones de tierra o arena colocados en la finca, ni los postes para su ulterior instalación de la conducción de fluido eléctrico, pueden considerarse construcciones, ni adheridas al suelo permanentemente de suerte que no pueda retirarse sin menoscabo y menos aún revisten aquel carácter, el esbozo de algún camino”. Para LACRUZ BERDEJO, op. cit, pág 126, la inseparabilidad que habrá de entenderse en sentido económico, cuando la separación aun nsiendo posible físicamente suponga una excesiva onerosidad, y respecto a las plantas, LACRUZ sigue a GARCÍA GOYENA, op. cit. pág. 19, que con cita de las partidas manifiesta: “concuerta con el párrafo 31 de dichos título y libro- refiriéndose al título 1, libro 2-, y con la 43, título 28, Partida 3ª. Pero debe advertirse que en este segundo caso era preciso que la planta hubiese echado raíces, pues hasta entonces podía el dueño de ella reclamarla, porue no estando aún incorporada al suelo, no podían reputarse parte y accesión del mismo, y era fácil sacarlas sin perjuicio del suelo ni de las plantas”.Vid. SSAP de Sevilla de 29 de octubre de 1999 (AC 1999/8661) y de Asturias de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/9035) que hacen referencia a la indivisibilidad funcional o económica.

³¹⁵DE RUGGIERO, op. cit., pág. 612, nos explica como en el Derecho Romano, desde sus orígenes admitió para el *tignum uctum* con una disposición de las XII Tablas una limitación análoga; *ne urbs ruinis deformatur vel vinearum cultura turbetur*. Y es que en Roma según la separabilidad o inseparabilidad de la edificación al *solum* se permitía la *actio ad exhibendum*, cuando la separación no afectaba

actualmente en el Codice³¹⁶ (cfr. arts. 935³¹⁷ y 936, sobre todo, no ya en el 938 sobre obras extralimitadas), no concibe la accesión si no hay una unión indisoluble, una formación de un todo, lo que provocará, además de los efectos reales analizados de atribución de la propiedad de ese todo al dueño de la cosa principal (el suelo), con pérdida de la propiedad sobre la cosa accesorio, y la correlativa extinción de los derechos personales y reales existentes sobre tales cosas accesorias, el nacimiento para el *dominus materiae* del derecho a la percepción de una indemnización³¹⁸ como regla de restitución del enriquecimiento producido a favor del *dominus soli*, y en compensación del valor perdido por el *dominus materiae*. Su concreción³¹⁹ se llevará a cabo en atención a la concurrencia, para cada caso concreto, de unas variantes como lo son, que exista buena o mala fe en las partes en conflicto, así como que la edificación se lleve a cabo en terreno propio empleando materiales ajenos, o en terreno ajeno con materiales propios o de un tercero. Salvo, que en el supuesto de construcción en suelo ajeno de buena fe, el dueño de la cosa principal opte por la segunda posibilidad que le brinda el artículo 361 C.c.

Sentado lo anterior, es discutido si para el caso de ruina o demolición del edificio, los materiales empleados en la construcción pueden ser recuperados por el *dominus materiae*. La doctrina se encuentra dividida entre quienes entienden que los materiales no pueden ser reivindicados por el que fue su propietario, pues consideran que al haber

a la estructura del edificio, o la recuperación de los materiales tras la destrucción de la construcción o tras la renuncia del *dominus soli* a la accesión ganada. BIONDI, B. *Los Bienes*, traducción de la segunda edición italiana por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Bosch, Barcelona, 1961, págs. 137 a 142. De especial interés su clasificación entre cosas simples y compuestas, dentro del Capítulo III, relativo a los cambios y agregaciones de cosas. ENNECERUS, op. cit., págs. 301 y ss.

³¹⁶El actual Codice distingue dos regímenes de accesión según sea o no posible la separación de la obra al suelo. De conformidad a lo afirmado por el profesor CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit. pág. 241, en el Codice se estaría contemplando una posible accesión por voluntad del *dominus soli* o por decadencia de los plazos de que dispone el dueño de la cosa accesorio, si aun siendo posible la separación no procede a llevarla a cabo y a reclamar las cosas accesorias por desidia o desinterés.

³¹⁷Para CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 218, este artículo (935 del Codice vigente) permite al dueño de la materia separarla. Se trata de un derecho sometido a un plazo de caducidad de seis meses. En vista de esto, la doctrina italiana ha entendido que hay dos formas de adquirir por accesión: una en caso de unión inseparable, y otra, para el caso de unión separable, entendiéndose suspendida la accesión por plazo de seis meses. Así las cosas la doctrina, respecto al carácter definitivo de la adquisición, se divide y de un lado, encontramos a DE MARTINO, op. cit., págs. 497 y 498, y a MONTEL, op. cit., pág. 133, para los que el *dominus materiae* puede recuperar los materiales una vez demolido el edificio si aún no ha cobrado, y de otro lado, tenemos a BRANCA y DELLAQUILA, BIANCHI, BRUGI, CHIRONI, BARASSI para los que la solución válida sería la contraria. A este sector contrario le dedica especial atención DE RUGGIERO, op. cit., pág. 612, y cita a DE CRESCENCIO, SIMONCELLI, BRUGI, BIANCHI, BARASSI, CHIRONI, los cuales sostienen que la accesión produce la adquisición definitiva e irrevocable de los materiales incorporados, y si éstos recuperan su primitiva independencia a consecuencia de la separación, el propietario no puede ya reivindicarlos.

³¹⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 81 y ss.

³¹⁹MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 184, se pregunta por la posibilidad de sustituir la obligación de pago por el *dominus soli* enriquecido, por la oferta de restituirle los materiales deshaciendo lo hecho. Posibilidad que rechaza porque entiende que los materiales empleados en la construcción al igual que las plantas adheridas al suelo, adquieren la condición de inmuebles, y dan forma a una nueva cosa de naturaleza distinta.

formado parte integrante del inmueble, por accesión (*superficies solo cedit*), han pasado a ser propiedad del dueño del suelo desde el mismo momento de la incorporación, y no pierden tal condición tras el derribo o la demolición³²⁰. Y aquellos otros, que defienden en caso de destrucción del edificio, la revivificación del dominio sobre los materiales, y su reivindicabilidad³²¹.

Los partidarios de la última postura se basan en dos argumentos, principalmente: 1) porque es el criterio seguido por el Derecho Romano, y 2) porque es lo “justo y razonable”³²².

Respecto al Derecho Romano³²³, el dueño del suelo hacía suyo lo construido por él con materiales ajenos³²⁴ y lo construido por otro con materiales propios³²⁵, con

³²⁰A favor lo están, MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 186, que considera reivindicables por su dueño tanto los materiales como las plantas utilizadas, para él es la solución mas conforme al pensamiento del legislador, y a los antecedentes del Derecho patrio que se inspiró en las Instituciones de Justiniano. Es más, cita entre los autores italianos que defienden esta postura a RICCI. También mantiene esta postura, SCAEVOLA, op. cit., pág. 330, y defiende la recuperación de los materiales “cuando el edificio no exista por haber venido a tierra sus paredes” y añade que resulta innecesario decir “que para que tal declaración prospere es preciso que no se haya pagado el justo valor de los materiales, o que se devuelva por el que lo recibió”. CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 195 y 196, entiende que los materiales en caso de derribo han dejado de ser inmuebles y pueden ser reivindicados, siempre que no se hayan abonado ya. Fundamenta su postura en la falta de interés práctica y la carencia de justificación de mantener una “expropiación sin causa de utilidad”. DE MARTINO, op. cit., pag. 500, contempla la posibilidad de que los materiales retornen al antiguo y legítimo titular, una vez que cesa la conjunción de éstos con el suelo. MONTEL, Voz “Accessione (Dirito civile)”, *Noviss. Digesto Italiano*, op. cit., págs. 134 y 135.

³²¹Rechaza la revivificación de los materiales, DE BUEN, en notas a COLIN, A y CAPITANT, LH., *Curso elemental de Derecho Civil*, T. II, vol. 2º, *De los bienes y de los derechos reales principales*, trad. RGLJ y notas DE BUEN, Madrid, 1923, pág. 975. Considera, el referido autor, que en caso de demolición “creemos como COLIN y CAPITANT, que no renace el derecho del dueño de los materiales, puesto que la atribución es definitiva según el texto del artículo citado”.

³²²ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 364 y ss.

³²³SANFILIPPO, op. cit., pág. 132.

³²⁴Para el supuesto de construcción en suelo propio con material ajeno, la norma que lo disciplina la encontramos en el Digesto, en un fragmento de Gayo (D.41.1.7.10 y 12), donde el jurisconsulto romano da respuesta a un caso en el que un propietario (Cayo) edifica en un solar propio con materiales ajenos (Ticio), en los siguientes términos: «El dueño del solar es el propietario del edificio, ya que todo lo que se construye accede al suelo (en que se construye), pero no por ello el propietario de los materiales deja de serlo sino que tan sólo se le impide reivindicarlos o reclamarlos por la acción exhibitoria, en virtud de las XII Tablas, en la que se dispone que nadie está obligado a extraer de su casa una “viga” ajena unida a ella, sino que tan sólo pague el doble del valor sustraído (*actio in duplum*); y con la palabra “viga” se entiende cualquier clase de materiales con los que se construyen los edificios; por lo tanto, si el edificio se derriba por alguna causa, el propietario de los materiales podrá reivindicarlos o pedirlos por la acción exhibitoria». GARCÍA GARRIDO, op. cit. pág. 215. GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., (T. III), pág. 302.

³²⁵Para el caso de construcción en suelo ajeno con materiales propios, la solución en Derecho Romano es que el dueño de los materiales no pierde su propiedad, en tanto en cuanto, el edificio está en pie, como se puede comprobar en un rescripto de Antonino a Aristeneo recogido en el Código de Justiniano (3.32.2) y traducido por GARCÍA DEL CORRAL “Si puedes probar que te pertenece la parte inferior de un edificio, que está unido al suelo, no hay duda de que acreció a tu dominio la que tu vecino construyó sobre ella. Pero también te pertenece el derecho de lo que se edificó en suelo tuyo, mientras permanece en el mismo estado. Mas si hubiese sido demolido, los materiales vuelven al primitivo dueño, ya haya

base en el principio *superficies solo cedit*, pero sin que ello implicase pérdida irrevocable sobre la propiedad de los materiales³²⁶ que continuaba durmiente, en situación de quiescencia (*dominium dormiens*). Concretamente, en Derecho romano, según la separabilidad o no de la edificación, se permitía *la actio ad exhibendum* para el caso de que la separación no comprometiera la estructura del edificio, o bien, la recuperación de los materiales tras la destrucción del edificio, o tras la renuncia del *dominus soli* a la accesión ganada. La justificación de éste régimen obedecía a una concepción distinta, no de la accesión, sino del edificio, considerado en Roma como cosa compuesta frente al suelo, que era cosa simple y, por tanto, no como estricto inmueble que *natura sua*, única y exclusivamente, lo era la tierra, el *fundus*³²⁷. Ello justificaría que, tras la accesión, se continuase distinguiendo entre propiedad del edificio y la propiedad de sus materiales que permanecía latente a la espera de la posible demolición del edificio. Sin embargo, hoy la consideración en nuestro Código civil de cualquier edificación como inmueble es total, como lo demuestra su mención junto a la tierra realizada en el apartado 1º del artículo 334 C.c.³²⁸, siendo necesaria la inseparabilidad, esa unión indisoluble, para que el edificio pase a ser propiedad del *dominus soli*.

Desde otro punto de vista, la posibilidad de revivificación de la propiedad de los materiales, ha sido defendida por ser considerada “justa y razonable”. Un prestigioso sector doctrinal (SCAEVOLA³²⁹, MANRESA³³⁰, SÁNZ FERNÁNDEZ³³¹, CARRASCO

sido levantado de buena fe, ya de mala, el edificio, si no se levantaron los edificios en suelo ajeno con ánimo de hacer donación”. También, apreciamos la solución romana en el siguiente pasaje del Digesto (D, 41.1.7.12) “Por el contrario si alguno hubiere edificado con materiales suyos en suelo ajeno, el edificio se hace de aquel de quien también es el suelo; y si sabe que el suelo es ajeno, se entiende que por propia voluntad perdió la propiedad de los materiales; y así, ni aun arruinado ciertamente el edificio le compete la reivindicación de sus materiales...”. GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., pág. 302.

³²⁶Para ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 365, también el dominio de las plantas estaría durmiente o en situación de quiescencia.

³²⁷Explica CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 241, nota 187, que el edificio en Roma era puesto como ejemplo de cosa compuesta “unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus”, en la clasificación tripartita de cosas simples, compuestas y universales de POMPONIO que podemos ver explicada en BIONDI, op. cit. págs. 137 a 142. También en ENNECERUS, op. cit., págs. 301 y ss.

³²⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 242.

³²⁹SCAEVOLA, op. cit., pág. 300, considera que si el contexto final del artículo 360 C.c. autoriza al *dominus materiae* a retirar los materiales cuando sea posible sin que ello comporte menoscabo a la obra construida, esto sería también posible cuando el edificio no exista por haber venido a tierra sus paredes. Y considera innecesario decir que para que tal declaración prospere será necesario que no se haya pagado el justo valor de los materiales o que se devuelva por el que lo percibió.

³³⁰MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 187, afirma que el texto literal del art. 360 C.c. impide, al dueño de los materiales o plantas, retirarlos cuando haya menoscabo en la obra o perezca la plantación, sin embargo, en caso de demolición, y puesto que los materiales ya no son inmuebles, considera que el dueño podría reclamarlos (también las plantas), aunque añade que sobre tal postura no hay jurisprudencia aclaratoria y que pueden hacerse no pocos argumentos en contra.

³³¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 149 y 150.

PERERA³³², ALONSO PÉREZ³³³), entiende que la accesión consumada se extingue, como *la unión del que duerme con su lecho*, cuando con ocasión de ruina o demolición del edificio, los materiales ajenos, en su condición de cosa accesoria, se separan de la principal, el *solum*.

Así, para ALONSO PÉREZ despierta o resucita el dominio de los materiales en beneficio de su antiguo dueño³³⁴, si a éste le interesan y se mantienen en estado aprovechable. Pero a diferencia del resto de autores, mantiene una postura distinta según nos encontremos ante una construcción en terreno propio con materiales ajenos o una construcción en terreno ajeno con materiales propios.

En el primero de los casos se cuestiona por qué ha de continuar el *dominus soli* adueñándose de unos materiales de los que se apropió indebidamente³³⁵. Y considera justo incluso compensar *in rem verso*, si éste le abonó los materiales en la medida que ahora le sean útiles o en la cuantía en que el dueño del terreno experimente una pérdida definitiva³³⁶. Ahora bien, como límite a esta reivindicación entiende que si el *dominus soli* actuó de buena fe cuando los incorporó a su *solum* la usucapión ordinaria actuará inexorablemente en su ventaja, siempre que concurren sus requisitos legales (artículos 1940, 1941, 1957 C.c.).

Para el supuesto de construcción en terreno ajeno con materiales propios, ALONSO PÉREZ considera “justo pensar que, mientras no sea indemnizado por el *dominus soli*, el autor de la accesión conserva la propiedad de los materiales y podría recuperarlos si el edificio se destruye o es demolido —*dominium dormiens* del Derecho romano—, sin perjuicio de que la quiescencia del prístino dominio de los materiales o semillas no

³³²CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 195, considera que puesto que los materiales han dejado de ser inmuebles, pueden ser reivindicados, siempre que no hayan sido abonados. Considera que no puede ser otra la conclusión, si se piensa que tanto en el artículo 360 C.c. como en el artículo 361 C.c., no estamos ante una cuestión que afecte a la adquisición del dominio, sino a los límites de la acción reivindicatoria. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 360, nota 3, critica duramente la posición mantenida por CARRASCO PERERA, que considera la explicación dada por este autor al artículo 360 “artificiosa y periférica”, pues no se contiene en tal artículo ni mandato de pago, ni ejercicio de acción reivindicatoria, ni sustitución de ésta por la acción personal al interrumpirse la *reivindicatio*. Entiende que considerar el artículo 360 C.c. un momento de la acción reivindicatoria o que ésta sea el presupuesto de éste artículo es “querer que el precepto diga lo que no dice y está muy lejos de decir”. Concluye que “abonar el valor de los materiales incorporados, consumir o no la accesión según sea el grado de unión, y las consecuencias de la separación, o hacer que reviva e dominio de la cosa accesoria, poco o nada tienen que ver con el mecanismo de la acción reivindicatoria”.

³³³ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 365.

³³⁴Tanto si ha sido o no indemnizado. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 364 y ss.

³³⁵SCAEVOLA, op. cit., págs. 300 y 301, habla de doble derecho de elección que concede el artículo 360 C.c. al *dominus materiae*: el de retirar los materiales en todo caso en que no padezca menoscabo la obra construida, edificada o plantadas, y por tanto, en el caso de ruina del edificio, o que se muestre satisfecho con el percibo del justo valor dado a los materiales invertidos. En idéntico sentido el artículo 2305 del anterior Código portugués.

³³⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 365, nota 13. El resto de la doctrina, MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 186, SCAEVOLA, op. cit. págs., 300 y 301, CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 195, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 149 y 150, mantienen la posibilidad de la reviviscencia de la propiedad de los materiales a favor del que fue su dueño siempre que éste no haya sido indemnizado, tanto para el caso contemplado en el artículo 360 C.c., como el supuesto del 361 C.c.

sea obstáculo para mantener el criterio de que suelo y construcción forman una unidad que pertenece al *dominus soli* desde el momento mismo en que tuvo lugar la incorporación al terreno. Pagada la indemnización por el dueño del suelo, el edificante pierde también el dominio separado de los materiales. Su empobrecimiento injustificado ha quedado resarcido y ya no existe fundamento alguno para que conserve dicho dominio. Desde entonces la pérdida o deterioro de los materiales es para el dueño y la destrucción del edificio no otorga al edificante ningún derecho a la separación³³⁷. Para SÁNZ FERNÁNDEZ³³⁸ el fundamento de tal conclusión sería *el de equidad*, considera injusto que el edificante de buena fe (artículo 361 C.c.), que no adquiere ningún derecho sobre lo edificado, pierda además, de modo absoluto, el dominio de los materiales, empobreciéndose injustamente en beneficio del dueño del suelo.

En definitiva, para éste sector doctrinal, los materiales pueden ser recuperados³³⁹ siempre que concurren dos requisitos: El primero, que la obra o la cosa principal no sufra deterioro³⁴⁰, sobre la base de una ampliación de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 360 C.c. y 454 C.c.³⁴¹, aunque tales preceptos entendemos van referidos al supuesto en el que la obra se encuentre en pie y la unión no ha sido indisoluble³⁴². Y el segundo, que el *dominus materiae* no haya sido indemnizado con el valor de los materiales (artículo 360 C.c.), o de la construcción (artículo 361 C.c.).

En contra de la revivificación de la propiedad de los materiales, NÚÑEZ BOLUDA³⁴³ para la que no existe, en nuestro Derecho, precepto legal que nos permita sostener la reviviscencia de la propiedad de los materiales respecto de quien fue dueño de los mismos, *por el mismo título y las mismas condiciones*, como tampoco corresponde al *dominus materiae*, un nuevo derecho para llevarse los materiales, un “ius

³³⁷ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 381.

³³⁸ SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 149 y 150.

³³⁹ Dejando a salvo la postura analizada de ALONSO PÉREZ.

³⁴⁰ TRAVIESAS, M.M., “Ocupación, accesión y especificación”, *RDP*, 1919, pág. 295, considera que al dueño de los materiales se le concede un *ius tollendi*, siempre que la retirada no provoque menoscabo en la obra o de que ésta no perezca. Y la posibilidad de que se ejercite este derecho implica que el propietario del suelo sólo adquiere sobre los materiales una propiedad sujeta a condición resolutoria. “El dueño del terreno hace suyos los materiales (artículos 353 y 358 C.c.), pero puede perder su propiedad si ejercita el *ius tollendi*”.

³⁴¹ NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 85 y 86, entiende, para el caso de edificación en suelo ajeno, que si el apoyo legal se encuentra, según la doctrina mayoritaria en el artículo 454 C.c., parece que el derecho a la recuperación de los materiales tendría que limitarse a los adornos con que “se hubiera embellecido la cosa principal”, siempre que el *dominus soli* no prefiera “abonar el importe de lo gastado”. Pero tales preceptos no parecen referidos al supuesto de ruina del edificio, sino a aquellos casos en los que no se ha producido una unión indisoluble, y por tanto no habría accesión.

³⁴² Y por tanto, si no hay unión indisoluble, no hay accesión.

³⁴³ NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 87.

tollendi”³⁴⁴, como así es defendido por TRAVIESAS³⁴⁵ en la doctrina española, y por WOLF³⁴⁶ respecto al Derecho alemán. La reviviscencia de la propiedad de los materiales no sólo sería contraria al efecto principal de la accesión³⁴⁷, esto es, la atribución de la propiedad del todo al *dominus soli*, sino también a lo preceptuado en el artículo 464 C.c., norma general que impide la reivindicación de las cosas muebles que están en posesión de quien las ha adquirido de buena fe, salvo que se trate de cosas perdidas o sustraídas³⁴⁸. Y los materiales, cosas muebles tras el derribo, estarían en tal situación, en posesión del beneficiado por la accesión, el *dominus soli*, que al haber actuado de buena fe, los hace irreivindicables. No obstante lo anterior, la autora matiza su postura y concluye con cierta contradicción y ambigüedad, cuando manifiesta que por causa de la demolición, ya no habría obstáculo físico, ni jurídico para que el dueño de los materiales pudiera recuperarlos en los contados casos previstos en el artículo 464 C.c., esto es, cuando se trate de cosas perdidas o sustraídas³⁴⁹, *incluso si llegó a pagar los materiales al falso dueño, sin perjuicio de que puede deducir contra éste cuantas acciones le asistan*³⁵⁰.

³⁴⁴Esta autora después de afirmar que en Derecho español no es admisible que tras la demolición del edificio, renazca un derecho nuevo respecto al *dominus materiae*, un *ius tollendi*, matiza tal conclusión y afirma: “la cuestión es distinta si en lugar de tratarse de expensas reembolsables (las necesarias, y las útiles al edificante de buena fe), nos encontramos ante un supuesto de expensas de lujo o recreo. El dueño de la cosa principal no está obligado a abonarlas, a tenor de los artículos 454 y 455 C.c. Pero para evitar el enriquecimiento injustificado que se produciría en el *dominus soli*, en los casos en que la mejora voluptuaria es separable sin deterioro de la cosa principal, como ocurre a consecuencia de haberse derruido el edificio, los mismos artículos conceden al edificante el derecho de retirar los materiales con que se efectuó esa mejora”.

³⁴⁵TRAVIESAS, op. cit., pág. 295, entiende que “el propietario del suelo sólo adquiere sobre los materiales una propiedad sujeta a condición resolutoria. El dueño del terreno hace suyo los materiales (artículos 343 y 358 C.c., pero puede perder su propiedad si ejercita el *ius tollendi* (artículo 360 C.c.)”.

³⁴⁶WOLF, en ENNECERUS, op. cit., pág. 429. Hablando de la adquisición de la propiedad sobre los materiales unidos al *solum*, considera que el desplazamiento de la propiedad tiene lugar en el momento de la unión y sobrevive a esa unión. Así las cosas, “si ésta se deshace, la propiedad sobre la cosa mueble (en contraposición a lo que establece el derecho común respecto al *tignum iunctum*) no revierte *ipso facto* al propietario anterior. Pero, bajo ciertos supuestos, éste podrá ya exigir la retransmisión, ya recobrar su propiedad mediante aprehensión unilateral de la posesión (vid. § 951; infra § 74)”.

³⁴⁷Salvo que se sostenga la tesis de la adquisición diferida y condicionada al pago.

³⁴⁸El artículo 464 C.c. exonera de justo título, basta la buena fe, para la usucapión de bienes muebles.

³⁴⁹Para NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 86, en tal caso “el dueño del suelo, no protegido por el artículo 464 porque adquirió las cosas, de las que su dueño había sido privado ilegalmente, debe ceder en su derecho ante el verdadero dueño de las mismas. Parece que incluso si llegó a pagar los materiales al falso dueño, sin perjuicio de que pueda deducir contra éste cuantas acciones le asistan”. Para CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 255 y 256, el artículo 360 C.c. entraría en juego eliminando la posibilidad de reivindicar del *dominus materiae*, y concediendo el correlativo derecho de repetición, siempre que la posesión del bien mueble fuere de mala fe (y el *dominus soli* no haya usucapido), circunstancia que haría cesar la equivalencia de la posesión al título. Entra igualmente en juego cuando el *dominus materiae* pruebe que la cosa poseída le ha sido sustraída o la ha perdido, siempre que a su vez no se den algunas de éstas circunstancias: que el poseedor haya usucapido (artículos 1955, 1956 y 1960 C.c.), que el derecho del actor haya prescrito (artículo 1962 C.c.); que se pruebe que se adquirió como mercaderías en almacenes o tiendas abiertos al público (artículo. 86 del Código de comercio, en relación con el art. 464. 4º C.c.).

³⁵⁰Postura que es susceptible de ser objetada al mezclar la autora distintos supuestos, dado que la

Por ello, si aspiramos a ser coherentes con la postura de que la accesión es un modo de adquirir la propiedad automático y definitivo, y que el principio *superficies solo cedit* únicamente entra en juego cuando concurren sus elementos constitutivos y se cumplan los presupuestos legales analizados, no podemos aceptar la teoría de la reviviscencia del dominio de los materiales una vez producida la incorporación insoluble y tras la demolición de lo edificado³⁵¹.

La perspectiva adquisitiva, como efecto principal, es sólo una cara del fenómeno complejo de la accesión, que se produce a costa de la propiedad de otro³⁵², pues lleva necesariamente aparejado un efecto expropiatorio, la extinción de la propiedad sobre la cosa accesoria, con el correlativo empobrecimiento de su propietario. Lo que nos conduce a un terreno distinto del adquisitivo-real, que genera consecuencias jurídico-obligacionales³⁵³, donde en primer plano, luce con claridad la regla de la restitución del empobrecimiento injusto sufrido por el *dominus materiae*, con la particularidad de que en sede de accesión, la buena fe no exime de la restitución del valor de lo accesorio³⁵⁴. Lo afirmado, no impide que en caso de demolición del edificio, por razones de equidad y porque el *dominus materiae* tiene derecho a ser indemnizado, las partes alcancen un acuerdo y convengan una nueva transmisión de los materiales a su antiguo *dominus*. Pero, en tal caso, estaríamos en el marco no de la accesión, sino de ese concreto negocio jurídico bilateral.

adquisición del dominio de los materiales en el supuesto analizado nada tiene que ver con la buena fe del *dominus soli* (ex artículo 464 C.c.), sino que se produce por accesión desde su incorporación insoluble al suelo.

³⁵¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 86, añade que la afirmación de que la propiedad de los materiales estaba dormida y renace, resultaría contraria no sólo al efecto principal de la accesión sino también a una norma tan importante y discutida como lo es el artículo 464 C.c. Este artículo, establece una norma general que impide la reivindicación de las cosas muebles que estén en posesión de quien las haya adquirido de buena fe, salvo que se trate de cosas perdidas o sustraídas.

³⁵²BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1442, que especifica que la accesión conlleva un mecanismo adquisitivo y el nacimiento de una obligación restitutoria.

³⁵³Para BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1442, la afirmación de que la accesión es un modo de adquirir la propiedad es quedarse a medias; la clave está en saber, ante un supuesto concreto de accesión con sus elementos relevantes, si el Código atribuye directamente la propiedad del resultado final o si ofrece a uno de los implicados la posibilidad de hacerlo, y en su caso, a cambio de qué. Y como autor crítico al principio *superficies solo cedit*, entiende como elementos integrantes de la accesión y relevantes para la determinación de la atribución de la propiedad: el valor de los bienes y del resultado, la buena o mala fe de los intervinientes, y la obtención o imposición de enriquecimiento.

³⁵⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 370 y 380. Es la postura de autores italianos como BRUGI, op. cit., pág. 211, también RICCI y otros autores franceses como PLANIOL y RIPERT, citados por NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 86.

Parte II

**La aplicación del régimen jurídico
previsto en el Código civil para el
principio *superficies solo cedit***

Capítulo 4

Apropiación por el dueño del suelo de las edificaciones hechas íntegramente en él por un tercero

Índice del capítulo:

4.1	Ideas generales en torno a la accesión por edificación en suelo ajeno	159
4.1.1	Panorámica general del tratamiento de la cuestión en el Código civil	159
4.1.2	Antecedentes históricos de la accesión por edificación en suelo ajeno	162
4.2	Edificación en suelo ajeno con materiales propios de buena fe . . .	168
4.2.1	Aspectos generales del supuesto de hecho	168
4.2.2	El edificante en suelo ajeno	169
4.2.3	La buena fe en el artículo 361 C.c.	181
4.2.3.1	La buena fe del edificante	181
4.2.3.2	Las diferentes teorías doctrinales acerca del significado de la buena fe edificatoria	183
A	Doctrina jurisprudencial sobre la buena fe edificatoria	191
4.2.3.3	El estado gnoseológico del <i>dominus soli</i>	196
A	Irrelevancia de la buena o mala fe del propietario del suelo ex artículo 361 C.c.	196
B	Buena fe del <i>dominus soli</i> , como desconocimiento o como oposición temporánea y su influencia en la buena o mala fe del tercero constructor . . .	201
4.2.4	La consecuencia jurídica y la facultad de opción	213
4.2.4.1	La facultad de opción del <i>dominus soli</i> . Posiciones doctrinales	213
4.2.4.2	El ejercicio efectivo de la opción del artículo 361 C.c.	226
A	Legitimación activa	227

	B	Capacidad exigida para su ejercicio	228
	C	Forma en la que ha de ejercitarse la facultad de opción por el <i>dominus soli</i>	230
	D	Plazo de ejercicio	232
	E	La facultad de optar en el derecho catalán	234
	F	Recapitulación	235
4.2.4.3		Primera elección. Adquisición de lo incorporado con abono de su valor	237
	A	La remisión del artículo 361 a los artículos 453 y 454 C.c. Régimen de la accesión y régimen de las mejoras en el Código civil. La edificación <i>ex novo</i> como criterio diferencial	237
	B	El fundamento de la indemnización y su papel en la determinación de los gastos indemnizables y del quantum indemnizatorio	251
	C	Derechos del edificante: Indemnización y la facultad de retención en garantía de su pago	267
4.2.4.4		Segunda elección. La imposición unilateral de compra al edificante	280
4.2.5		Aplicación del artículo 361 C.c. a supuestos especiales	289
	4.2.5.1	La edificación en caso de condominio	289
		A Edificación realizada por un tercero extraño a la comunidad	289
		B Edificación realizada por un condueño	292
	4.2.5.2	Resolución, anulación y nulidad del contrato	303
4.3		Edificación en suelo ajeno con materiales propios de mala fe	310
	4.3.1	Supuesto de hecho	310
	4.3.2	La facultad del <i>dominus soli</i> para consolidar la accesión o para impedirla	317
	4.3.3	Mala fe edificatoria y la facultad del artículo 361 C.c. “in fine”	326
4.4		Edificación en suelo ajeno con materiales propios, con mala fe en el incorporante y en el <i>dominus soli</i>	327
4.5		Edificación en suelo ajeno con materiales también ajenos: “un drama de tres personajes”	334
	4.5.1	Presupuestos y fundamento del supuesto de hecho del artículo 365 C.c.	334
	4.5.2	Régimen jurídico según el estado gnoseológico del incorporante, del <i>dominus soli</i> y del propietario de los materiales	339

4.1. Ideas generales en torno a la accesión por edificación en suelo ajeno

4.1.1. Panorámica general del tratamiento de la cuestión en el Código civil

La construcción en suelo ajeno puede ser, tanto una construcción totalmente emplazada en suelo ajeno, como una construcción extralimitada, ejecutada en parte en terreno propio y en parte sobre terreno ajeno. Nuestro Código civil, a diferencia del legislador catalán y de algunos Códigos extranjeros¹, solamente disciplina la primera de las hipótesis a la que dedica cinco preceptos, desde el artículo 361 al artículo 365 C.c.; y guarda silencio respecto a la segunda, la “construcción extralimitada”, objeto de análisis detallado en un apartado independiente, dedicado al estudio de las excepciones al principio *superficies solo cedit*.

Para solucionar el conflicto que surge por el hecho de que una construcción se realice en terreno ajeno, el Código toma como punto de partida la regla del artículo 358 C.c., donde se recoge el principio *superficies solo cedit*, con el que resuelve el conflicto jurídico-real, y lo completa, tomando como elemento decisivo², la buena o mala fe³ de los sujetos implicados. Estado gnoseológico que marcará la línea divisoria entre el supuesto previsto en el artículo 361 C.c. referido al constructor de buena fe

¹Hoy son varios los Códigos que contienen una regulación expresa del fenómeno de la extralimitación, sin ánimo de exhaustividad, ahí están, los §§ 912 y ss. del BGB, el artículo 674 del Código civil suizo, el artículo 54 del Libro V del Código civil holandés, el artículo 1258 del Código civil brasileño, el artículo 1343 del Código civil portugués y el artículo 452 Código civil italiano de 1862, en España el artículo 542-7 y 9 del Código civil catalán. Como intento de justificación de la ausencia de regulación de las construcciones extralimitadas se afirma que en 1889 no existía el referido panorama normativo, también que idéntico silencio presentaba el Code de 1804, en el que el nuestro y otros tantos se inspiraron; tampoco se regulaban en el Código austriaco de 1810, en el que también se fijó nuestro legislador. Respecto a la denominación conferida a las “construcciones extralimitadas”, ha variado en función del país de que se trate. Así, en Francia es descrito por la jurisprudencia como “anticipation” o sobre todo como “l’empiètement”, como dice el artículo 674 del Código civil suizo y cuya significación viene de “empiéter” o meter el pie en terreno vecino. En Italia se habla del “sconfinamento”, y en Alemania de “Überbau”, esta última es según SÁNZ FERNÁNDEZ, A., “Edificación en suelo ajeno: sus problemas”, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 22 de marzo de 1947, pág. 189, la expresión que más ha influenciado en España, traduciéndola como “construcciones extralimitadas”.

²DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Las relaciones jurídico-reales, El registro de la propiedad. La posesión*, Vol. III, 5ª edic, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 301, y en “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, pág. RCDI, N° 455, 1966, pág. 849.

³A diferencia de otros Códigos como el Código chileno (artículo 669) o el artículo 726 del Código civil de Uruguay (de idéntico contenido al anterior) en los que no se alude a la buena o mala fe del constructor, sino simplemente al hecho de que el propietario haya tenido o no conocimiento de la obra: “El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena fe en el título. De la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno, con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizar los daños y perjuicios”.

con materiales propios, y los supuestos regulados, por un lado, en los artículos 362 y 363 C.c., donde el constructor interviene de mala fe y, por otro, en el artículo 364 C.c, en el que tanto constructor como *dominus soli* actúan de mala fe. Y como último parámetro diferenciador, nuestro Código atenderá a la titularidad de los materiales empleados en la construcción. En función de esa titularidad, el artículo 365 C.c. disciplina un supuesto particular referido a la construcción llevada a cabo en terreno ajeno con material ajeno que pertenece, no al constructor, sino a un tercero. Sin olvidar su estado gnoseológico, al exigir “que no haya procedido de mala fe”.

Así, el sistema del Código civil parece articularse, a diferencia del Code donde tan sólo se toma en consideración la buena fe del constructor sin importar el comportamiento ético del *dominus soli*, en torno a dos ejes: la buena o mala fe del constructor y la buena o mala fe del *dominus soli*. Y de su combinación resultan cuatro situaciones posibles que integran el denominado “cuadro ético”:

- 1ª Constructor y propietario de buena fe.
- 2ª Constructor y propietario de mala fe.
- 3ª Constructor de mala fe y propietario de buena fe.
- 4ª Constructor de buena fe y propietario de mala fe.

Sin embargo, pese a ser el sistema español, más *elaborado, perfecto y equitativo*⁴ que el francés, al nutrirse de las fuentes romanas y del derecho histórico patrio, plantea varias cuestiones problemáticas⁵:

En primer lugar, nos preguntamos qué hay que entender en estos supuestos por buena o mala fe, ya que su significado no queda definido, y parece variar en función de que vaya referida al constructor o al *dominus soli*. La única referencia explícita, relativa a la mala fe del propietario, se encuentra en el artículo 364 C.c., “Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse” y con base en ello, parece identificarse la buena fe del propietario del suelo con un desconocimiento excusable o una oposición tempestiva frente a la edificación ajena. Definición que, por otro lado, no es extensible al constructor, lo que hace necesario determinar qué se entiende por buena y mala fe respecto a cada uno de los sujetos implicados.

En segundo lugar, uno de los supuestos comprendidos en el cuadro ético no está regulado: la edificación en suelo ajeno con buena fe en el edificante, y mala fe en el propietario del suelo. Parece que la mala fe del *dominus soli* no es tenida en cuenta nada más que para compensar la mala fe del constructor. DÍEZ PICAZO, propone que “acaso en una futura reforma legal conviniera tener en cuenta este matiz”.

⁴MOLL DE ALBA LACUVE, CH., *La edificación en suelo ajeno. La posible disociación jurídica de la propiedad*, Grupo difusión, Barcelona, 2004, pág. 125.

⁵Entre ellas no se nos olvida la referida a la construcción extralimitada que será objeto de análisis en la tercera parte de la presente tesis, como una de las excepciones al principio *superficies solo cedit*, verdadero objeto de estudio.

En tercer lugar, la remisión que realiza el artículo 361 C.c. a los artículos 453 y 454 C.c. para la determinación del *quantum* indemnizatorio del constructor provoca gran confusión, pues en estos artículos referidos a la liquidación de estados posesorios, se alude a la figura del poseedor de buena fe. Pero no queda claro, si es asimilable o no, la buena fe posesoria del artículo 433 C.c., a la buena fe del constructor en suelo ajeno. De sostener tal equivalencia entre buena fe posesoria y buena fe constructora, todo constructor de buena fe sería poseedor de buena fe y a la inversa. Esto conllevaría, que todo constructor de buena fe sería poseedor de buena fe y no podrían aplicársele las disposiciones sobre posesión de mala fe. Del mismo modo, el constructor de mala fe no podría ser en ningún caso, un poseedor de buena fe⁶. Sin embargo, la confrontación de ambos bloques normativos presenta contradicciones, pues según el artículo 453 C.c. los gastos necesarios se abonan a todo poseedor. Y si aplicamos tal regla a la construcción en suelo ajeno resultaría que, el propietario del terreno tendría que abonar, tanto al constructor de buena como de mala fe, los gastos necesarios de conservación y mantenimiento, lo que choca con la literalidad del artículo 362 C.c. que sanciona al constructor de mala fe “sin derecho a indemnización”.

Contradicciones e interrogantes que se derivarían de una aplicación “en bloque” del concepto de buena fe posesoria al ámbito de la construcción en suelo ajeno, lo que genera la necesidad de ahondar en el análisis del sentido de buena o mala fe de los artículos 361 y ss. C.c.

Es por ello que un importante sector doctrinal critica el recurso por el legislador español a la siempre arriesgada técnica de la remisión normativa, y prefieren el modelo francés que llevaría a insertar en el propio artículo 361 C.c. la solución al conflicto planteado, esto es, el régimen indemnizatorio.

En definitiva, el sistema justo y equilibrado pretendido por el legislador, se torna en algunos puntos confuso, complejo y aparentemente incompleto. Concretamente, el artículo 361 C.c., pieza fundamental en la materia, por ser el de mayor proyección práctica y más difícil interpretación, ha sido fuente de grandes problemas, como el de la extralimitación, y de enconadas discusiones doctrinales, entre las cuales, sin duda, la más importante y que ha dado lugar a una prolija literatura doctrinal⁷ es la que versa sobre la adquisición o no de la propiedad por accesión del *dominus soli*. Todo ello justifica, sin duda, que en materia de construcción en suelo ajeno la jurisprudencia haya tenido, a través de su interpretación e integración de los artículos 361 y ss. C.c., una función sumamente relevante⁸.

⁶ Así lo advierte MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., págs. 125 y 126.

⁷ CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 217, refiere que “podría admirar, al que no ha dedicado estudio a este tema”.

⁸ Incluso como creadora de la doctrina de la “accesión invertida” como respuesta a los supuestos de obras extralimitadas construidas en parte en terreno propio, y en parte con invasión del suelo ajeno.

4.1.2. Antecedentes históricos de la accesión por edificación en suelo ajeno

Nuestro Código civil ha simplificado⁹ la regulación del fenómeno de la construcción en suelo ajeno respecto al Derecho Histórico; pues tanto las normas romanas (párrafo 30 del Título I, Libro II de las Institutiones), como las de la Partida Tercera (L. 38, tít. 28, P. III), que son su fiel trasunto, distinguían entre ser o no poseedor del suelo ajeno y se tomaba en consideración, a los efectos del cálculo de la indemnización a satisfacer al edificante, la pobreza del *verus dominus*.

Así, el Derecho romano, respecto al supuesto de edificación realizada en suelo ajeno por quien era poseedor, ofrecía distinta solución según hubiera sido hecha por el poseedor de buena o mala fe¹⁰.

En caso de buena fe¹¹, un rescripto de ANTONINO CARACALA a ARISTENETO, recogido en el Códex¹², resuelve el litigio atribuyendo la propiedad del todo al *dominus soli*, pero no la propiedad aislada de los materiales empleados¹³, cuyo *dominus* conserva su dominio sin que pueda ejercitar la *actio ad exhibendum*¹⁴, ni reivindicarlos mientras dure la unión; sí, en cambio, cuando ésta desaparezca por cualquier motivo,

⁹MOLL DE ALBA LACUVE, CH., op. cit., pág. 149.

¹⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, A., “Edificación en suelo ajeno: sus problemas”, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 22 de marzo de 1947, pág. 132, NÚÑEZ BOLUDA, La accesión en las edificaciones, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 113 y ss.

¹¹SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. III, *Derechos reales*, 2ª ed., Madrid 1900, págs. 94 y 95, es tajante al afirmar que “sólo cuando se reunían la posesión y la buena fe es cuando asistía pleno derecho para reclamar el valor de los materiales y el salario de los trabajos; pero, sin embargo, al poseedor que edificaba de mala fe, por equidad se le reconocía también el derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios o útiles, y aun el de reivindicar los materiales cuando se derribara el edificio, siempre que no se probase que tuvo intención de donarlos. Este último derecho se declaraba también en la legislación romana a favor del edificante de buena fe, que no reunía la condición de poseedor”.

¹²C. J. 3.32.2 “Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, ad te pertinere probara potes, eam, quam vicinus imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur. Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quod in eadem causa manet, iure ad te pertinet si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit, sive bona fide sive mala fide aedificium extractum sit, si non donandi animo aedificia imposita sint”, texto que GARCÍA DEL CORRAL traduce “Si puedes probar que te pertenece la parte inferior del edificio, que está unida al suelo, no hay duda de que acreció a tu dominio la que tu vecino construyó sobre ella. Pero también te pertenece de derecho la que se edificó en suelo tuyo, mientras permanece en el mismo estado. Más si hubiere sido demolido, los materiales vuelven al primitivo dueño, ya haya sido levantado de buena fe, ya de mala fe, el edificio, si no se levantaron los edificios en suelo ajeno con ánimo de donación”. ZAERA GARCÍA, A.B., “La propiedad superficiaria en el derecho Justiniano”, *AFDUDC*, 12, 2008, pág. 1014. <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2004/Zaera%20Garcia%20ter.pdf>.

¹³BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, vol. 2º, *La proprietà*, 2ª parte, Milán, 1968, pág. 117, manifiesta que “por un lado los romanos consideraban el edificio, no ya como una cosa simple, sino como un tipo de cosa compuesta”, El principio *superficies solo cedit* por sí significa que es inconcebible la existencia una propiedad del edificio o de una parte del mismo distinta de la del suelo, pero no significa que los materiales no puedan separarse del suelo y del edificio. En otros términos el principio *superficies solo cedit* tiene el mismo valor que el principio *gemma inclusa annulo cedit*, el cual no excluye que la piedra se pueda separar del anillo.

¹⁴SANFILIPPO, C., Voz “Accessione (Diritto Romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Ernesto Eula y Antonio Azara, Torino, 1957, págs. 131 y 132.

ya que su derecho es el mismo, *dominium dormiens* del edificante en suelo propio con material ajeno¹⁵.

Si el poseedor lo fuere de mala fe, el problema se resuelve de modo diverso por el pasaje de GAYO (libro 41, título 1, ley 7, párrafo 12)¹⁶, donde el *dominus soli* adquiere de modo absoluto la propiedad, no sólo del edificio u obra, como un todo único, sino de los materiales individualmente empleados, perdiendo de forma definitiva su propiedad el edificante que no podrá reivindicarlos ni aun después de la separación. SÁNZ FERNÁNDEZ entiende que este diverso tratamiento y aplicación más enérgica del *superficies solo cedit* obedece, no tanto, a una sanción de la mala fe, repugnada por los jurisconsultos romanos, sino a una presunta voluntad de abandonarlos “sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur”.

Sin embargo, la doctrina¹⁷ aprecia una total contradicción de ésta regla con la fijada en el rescripto de CARACALLA, aplicable también al poseedor de mala fe, “sive bona fide sive mala fide”. Según el texto de GAYO, parece que el poseedor no puede reivindicar; en cambio, en el rescripto se le concede tal derecho una vez separados los materiales por cualquier motivo. WINDSCHEID estima “insoluble” la contradicción; otros autores como CRESCENCIO, siguiendo los pasos marcados por VINNIO, consideran que el texto de GAYO no establece una regla absoluta, sino una presunción de *animus donandi*, de tal modo que si el poseedor de mala fe demuestra que no tuvo voluntad de donar¹⁸ podría reivindicar los materiales de conformidad a lo previsto en

¹⁵El mismo razonamiento lo encontramos en la Instituta de GAYO, en el Comentario segundo, punto 76 y 73. El primero dice así: “Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia *superficies solo cedit*” “por otra parte, lo edificado a su cuenta, se hace nuestro por derecho natural porque lo construido sobre él cede al terreno”, el punto 76 reza: “sed si ab eo petamus fundum vel aedificium, et impensas vel aedificium vel in seminaria vel in sementem facias ei solvere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mal i repeliere u fique si bonae fideipossessor fuerit”, “pero si a quien exigimos el fundo o el edificio no queremos pagarle los gastos hechos en la edificación, en la plantación o en la siembra, puede él rechazarnos por medio de la excepción de dolo malo, siempre que fuera poseedor de buena fe”. Traducción de Manuel Avellán, Juan Antonio Arias, Juan Iglesias Ridondo y Jaime Roset, tomada de NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 13.

¹⁶El texto de GAYO decía “Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est; et si scit, alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur; itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabricorum, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si nescit, qui aedificavit, alienum esse solum, et tanquam in suo bona fide aedificavit; nam si scit, culpa ei obici potest, quod temeré aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum” traducido: “Por el contrario, si alguno hubiere edificado con materiales suyos en suelo ajeno, el edificio se hace de aquel de quien también es el suelo; y si sabe que el suelo es ajeno, se entiende que por propia voluntad perdió la propiedad de los materiales; y así, ni aun arruinado ciertamente el edificio le compete la reivindicación de sus materiales. Verdaderamente, si el dueño del suelo reclamara el edificio, y no pagara el precio de los materiales y de los jornales de los operarios, podrá ser repelido por la excepción de dolo malo; por supuesto, si el que edificó no sabe que el suelo es ajeno, y edificó de buena fe, como si fuera en suelo suyo; porque si lo sabe, se le puede atribuir la culpa de que temerariamente haya edificado en aquel suelo, que sabía que era ajeno”. Cuerpo del Derecho Civil Romano, T. III, Digesto, sexta y séptima partes; Justiniano y García del Corral, Ildefonso (traductor y compilador), 1897, págs. 302 y 303.

¹⁷Citas doctrinales tomadas de SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 133.

¹⁸En idéntico sentido, dentro de nuestra doctrina SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*,

el texto de CARACALLA.

El tratamiento de la posible indemnización al edificante también era diverso en Roma según se tratase de un poseedor de buena o mala fe. El primero, esto es, el edificante en el que confluyen buena fe y posesión, frente a la reivindicatoria del *verus dominus*, podía oponer una *exceptio doli* a fin de retener la finca hasta ser indemnizado¹⁹. Por el contrario, si la edificación se había realizado de mala fe sólo se reconocía al edificante, según un texto de ULPIANO²⁰, el *ius tollendi*, si éste pudiera ser ejercitado²¹.

Respecto a la edificación en terreno ajeno por el no poseedor, advierte SÁNZ FERNÁNDEZ que no aparece directamente regulada en los textos romanos. Sin embargo, según refiere este autor²², el glosador MARTINO, sí que estimó previsto el caso para el supuesto de quien fue poseedor y abandonó la posesión de la finca antes de haber reclamado la indemnización. Alcanzó tal conclusión sobre la base de un texto de POMPONIO²³, referido al fiduciario que entrega los bienes al fideicomisario sin haber sido indemnizado y sin haber deducido la cuarta Trebeliánica. Y estimó que el edificante podía en tal caso ejercitar, alternativamente, o una *condictio incerti*, para obtener la restitución de la cosa y poder ejercitar la retención, o una *utilis negotiorum* gestor, o una *actio in factum*²⁴. Entre la doctrina española SÁNCHEZ ROMÁN es el único que sostiene que el Derecho romano reconocía, a favor del edificante de buena fe que no reunía la cualidad de poseedor, el derecho a reivindicar los materiales en caso de que pereciera el edificio, siempre que no se hubiere probado que tuvo intención de donarlos²⁵.

Sentado lo anterior, la influencia romana respecto a la edificación en suelo ajeno, llega al Derecho francés anterior al Code según nos informa POTHIER²⁶ con las si-

T. III, *Derechos reales*, segunda edición, Madrid 1900, págs. 94 y 95.

¹⁹La cuantía de la indemnización resulta de un texto de CELSO (L.38, D. *De rei vind.*, VI, I.) en el que se establecen las siguientes reglas: 1ª. Si la edificación es tal que el mismo propietario o cualquier otro con el cuidado propio de un buen padre de familia la hubiera hecho, debe abonarse al edificante el valor de los materiales “*pretium materiae*” y el importe de los trabajos realizados “*mercedes fabrorum*”, pero no en su totalidad, sino sólo en cuanto hubieren aumentado el valor del suelo “*usque dumtaxat eo quod pretiosior factus est*”; 2ª. Si el aumento de valor que se obtiene por el suelo a consecuencia de la edificación es superior al precio de materiales e importe de los trabajos, solamente se debe indemnizar con éstos; 3ª. Si el dueño del suelo es pobre y no puede pagar la indemnización, o se trata de cosas de sagrada tradición familiar a las que no puede renunciar “*laribus, sepulcris avitus carendum habeat*”, sólo tendría el *ius tollendi*, reponiendo las cosas a su estado anterior. CELSO explica la razón de estas reglas: en el primer caso si el precio de la indemnización excediera del mayor valor del fundo, sería un perjuicio injusto para el propietario; en el segundo se produciría un enriquecimiento injusto en el edificante y en el tercero no sería equitativo imponer al propietario la pérdida de su suelo.

²⁰(L.37, D. *De rei vind.* 6,1.)

²¹Añade SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 135, que la tesis de algunos antiguos romanistas de que en caso de subsistir la edificación podía haber lugar a una *exceptio doli* en favor del poseedor de mala fe, amparada en un texto de PAULO (L. 38, D. *De hered. Pet.*, 5,3.), no es aceptada por la generalidad de la doctrina moderna.

²²SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., 135.

²³(L. 21, D. *Ad S.C. Treb.*, 36, 1.).

²⁴Los romanistas modernos o no recogen esta posición o lo hacen para rechazarla.

²⁵SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 95.

²⁶POTHIER, J., *Tratado del derecho de dominio. De la propiedad*, trad. M. Deó, notas y concordancias.

guientes palabras: “. . . el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice Gayo: *Si quis in alieno solo sua materia aedificarit, illius fit aedificium cujus et solum est*”. Influencia que, finalmente, se plasmará en el artículo 555 del Code, que ordena: “1.- Cuando las plantaciones, construcciones u obras hayan sido hechas por un tercero con materiales pertenecientes a él, el dueño de la heredad tiene derecho, a reserva de las disposiciones del párrafo 4º, a conservar su propiedad u obligar al tercero a retirarlos. 2.- Si el propietario de la heredad exige la supresión de las construcciones, plantaciones y obras, se realizará a costa del tercero sin ninguna indemnización para él; el tercero puede ser además condenado al resarcimiento del perjuicio eventualmente sufrido por el propietario de la heredad. 3.- Si el dueño de la heredad prefiere conservar la propiedad de las construcciones, plantaciones y obras, puede elegir entre reembolsar al tercero una cantidad igual a aquella por cuyo valor ha aumentado la heredad o el coste de los materiales y el precio de la mano de obra calculados en la fecha del reembolso teniendo en cuenta el estado en el que se encuentran las construcciones, plantaciones y obras. 4.- Si las plantaciones, construcciones y obras han sido hechas por un tercero despojado que no habría sido condenado por su buena fe a la restitución de los frutos, el propietario solo podrá exigir la supresión de dichas obras, construcciones y plantaciones, si bien podrá elegir reembolsar al tercero cualquiera de las cantidades previstas en el párrafo precedente”. Regulación idéntica se encontrará, en el afrancesado artículo 450 del Codice de 1865, no ya en el artículo 936 del Código italiano de 1942).

Sin embargo, buena fe y mala fe, no se erigen pieza clave del sistema francés, a diferencia de lo que ocurrirá en el ordenamiento español. Inicialmente, incluso los redactores del Code (artículo 548 del Proyecto, actual artículo 555) prescindieron completamente del criterio de la buena fe; el titular del terreno tenía la opción de adquirir las obras o de suprimirlas con independencia del estado gnoseológico del edificante. Regulación que fue duramente criticada en el debate parlamentario por su dureza respecto al poseedor de buena fe, y finalmente modificada con la adición de un párrafo en el que por una parte, se prohibía al propietario la demolición del edificio, cuando el constructor hubiera obrado de buena fe, y, por otro, se establecía la obligación de indemnización al constructor de buena en el importe del aumento del valor del fundo, sin hacer referencia al comportamiento ético del *dominus soli*.

Respecto al Derecho histórico español²⁷, se mantiene la tradición romana, se pro-

cias A. Elías de Molins, T. VII., 1882, pág. 124.

²⁷NÚÑEZ BOLUDA, M^a. D., *La accesión en las edificaciones*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 116, refiere que a la influencia romana atribuye BENEYTO las noticias de accesión que encuentra en los Fueros municipales, aunque las considera escasas. Cita el Fuero de Brihuega, el de Soria, concretamente el artículo 357 y el de Alcalá (artículo 155). El artículo 357 del Fuero de Soria, va referido no a edificaciones, pero sí a plantaciones agrícolas en suelo ajeno y concede la propiedad al *dominus soli*, sin hacer distinción entre buena y mala fe del autor de la plantación. Por su parte, el artículo 155 del Fuero de Alcalá de Henares, se refiere también a labores agrícolas en suelo ajeno, y da otra solución, en función de la buena o mala fe de quien realiza la plantación, y en función de que el *verus dominus* no se oponga “lo viere, o lo sopiere, e no lo demandare” (análogo a lo previsto en el artículo 364 C.c.); y re-

tege al propietario del *solum* frente a las injerencias o perturbaciones ajenas²⁸, y se le hace propietario (*superficies solo cedit*) de lo plantado o ejecutado en su *solum*. Como precedente en materia de construcción en suelo ajeno destaca el Título I, del Libro X del Fuero Juzgo que trata de *las particiones, e de los tiempos, e de los annos, e de las lindes*²⁹, también la Ley 1-4-3 del Fuero Real³⁰

En las Partidas, la regla de que lo edificado pertenece al dueño del suelo (*superficies solo cedit*), fue admitida con el mismo fundamento romano de carácter social: “Esto touieron por bien los Sabios antiguos que fuesse guardado, por apostura, e por nobleza de las Cibdades, e de las Villas, que las obras que fueren y fechas, no las derriben por tal razón como esta” (Partida III, título XXVIII, Ley 38), confirmado en otro pasaje: “E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razón: porque las casas o los edificios que los omes fazen en las Villas, no tan solamente se tornan en pro de sus Señores, mas aun en ferosura comunalmente de los logares do son fechos. E quando se desfacen parecen por ende mas feos” (Partida III, título II, Ley 16).

Así, las consecuencias jurídicas previstas en las Partidas para la edificación en suelo ajeno, eran idénticas a las del Derecho romano. La Partida III, título XXVIII, Ley 41, dice: “Heredades agenas compran, o ganan los omes a buena fe, e después que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, assi como torre, o casa, u otro edificio. . . E vienen después desso los verdaderos señores e vécenlos en juyzio, de aquello que assi han ganado. E. . . dezimos, que ante que sea entregado de la casa, e de la heredad, el

suelve que el que siembra no pierde el fruto, pero debe abandonar la finca. Parecida norma se encuentra en el Fuero Viejo de Castilla, que manifiesta que el que labró en tierra ajena debe “llevar el pan della, e al dueño darle suo derecho de tercio, o de cuarto, qual fuer la tierra, maguer que la haya labrado sin mandato de suo dueño”. Y añade que, en las legislaciones de Cataluña, de Aragón y de Vizcaya, Don BENITO GUTIERREZ, destaca la influencia romana en las normas que disciplinan la accesión en las edificaciones.

²⁸MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 152.

²⁹El Título I, del Libro X, Ley 5^a del Fuero Juzgo dice así: “quien quebranta partición de heredad. . . cuanto toma de lo ajeno otro tanto peche de lo suyo”, la Ley 6^a de este mismo título manifiesta: “si alguno de los companneros face vinna o casa de heredad de su compannero, non lo sabiendo su compannero, o aquel que lo faz. . . de otro tanto de tierra a su compannero en finque a él aquello que tomó. E sificier la casa o la vinna contra defendimiento de su compannero, debe perder quanto hy ficiere, o quanto hy plantare. Ma si algún ome da tierra aiena o la vendiere, o la diere a cambio, tal que nunca fue en su poder da del que la dio. . . e aquel cuya es la tierra, por enganno non la quiere demandar, porque gane después ende el labor que hy ficiere el otro, o es luenne de la tierra, o non lo sabe: pues que esta a quien fue dada la tierra pudier esto mostrar antel alcáll, aquel que ge la dio pecha otras dos tales tierras; e non debe perder su labor que ficiere en aquella tierra.”

³⁰Ley 1-4-3 del Fuero Real decía: “Si algún home pusiese viña en tierra agena quier defendiendogelo el señor quier no, pierda la viña el que la puso, e sea el señor de la heredad; y esto mesmo mandamos que sea si pusiese árboles o ficiese otra labor: e si algunas cosas destas fiziese en tierra, o en heredad que haya de consumo con otros que no sea partida, e si fuere partida e non lo supieren, dele otro tanto de tierra, e tan buena como la que han de consumo: e si non la diere, y parta aquella tierra, y la labor e cada uno ode su parte de la cosa. E si alguno vendiere, o cambiare, o diere terra agena a otro, que no supiesse que es agena, e aquel rescibiere, o pusiere viña en ella, o arboless o fiziere otra labor, y el dueño lo supiese, e lo no conradixesse, o fuere en otro lugar que él no supiere e lo no conradixesse, haya la tierra lo que en ella fizo este que la rescibió, e aquel que la enagenó peche la tierra doblada a su dueño”.

que la venciere assi como sobredicho es, que sea tenuto de tornar al otro, todas las despensas que oviere fecho de nuevo en ella; ca pues que ovo buena fe en ganar la cosa... derecho es que cobre aquello que y despendió en esta manera... Mas si por ventura el señor de la heredad, que la venciesse en juyzio fuesse tan pobre que non pudiese pagar al otro las despensas que y oviesse fecho... dezimos que estonce non seria tenuto de las pagar. Mas el otro que las avia de cobrar, puede sacar de la casa, o de la otra heredad, aquello que y metió, o labró, e llevarlo ende, e fazer dello su pro”; y la Ley 42 niega el derecho de cobro de las expensas al que obra de mala fe.

El supuesto de hecho de la norma aparecía nítidamente delineado: se trataba de un poseedor en concepto de dueño, vencido por la reivindicación del *verus dominus*, cuya buena o mala fe consistía en ignorar, o no, el vicio que presentaba su título adquisitivo de propiedad. Y se reconocía el derecho del edificante, en caso de buena fe, a ser reintegrado en los gastos realizados en la cosa que creía propia, con deducción³¹ del importe a satisfacer por el *dominus soli* del provecho que el edificante hubiera obtenido de la heredad, pudiendo el *dominus soli* quedar exento de tal obligación de pago para el caso de pobreza.

Ahora bien, la práctica y los interpretes fueron rectificando la doctrina romana, y según opinión común de los autores se formuló la regla de Derecho, como advierte SÁNCHEZ ROMÁN³², en la siguiente forma: “Si el edificante en suelo ajeno con materiales propios, *sea o no poseedor*, obra con buena fe, tiene derecho al valor de los materiales y gastos de construcción; si obró de mala fe, pierde unos y otros, y en ambos casos, lo edificado cede al suelo”. Así se ha recogido en el artículo 361 C.c., el cual respeta la literalidad del artículo 404 del Proyecto de 1851³³, seguido por el artículo 364 del Proyecto de 1882, frente al contenido del artículo 680 del Proyecto de 1836³⁴, en general, muy afrancesado, que reproducía el ámbito subjetivo del artículo 555 del Code, del que aquellos se apartan al prescindir del dato de la pobreza o no del *dominus soli*, del carácter de poseedor o no en concepto de dueño, y del deber de ser abonados los frutos percibidos. Distinciones que GARCÍA GOYENA³⁵ tilda de “injustificables”,

³¹La influencia de Las Partidas será decisiva en el Proyecto de Código civil de 1836, en cuyo artículo 680 se establecía: “El poseedor de buena fe que edificare o plantare en heredad ajena, podrá exigir del que reivindicare ésta como verdadero dueño la indemnización de los gastos que hubiere hecho, deduciendo el importe de los frutos percibidos por el mismo”:

³²SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 95.

³³El artículo 404 del Proyecto de 1851, dice así: “El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta”. Para GARCÍA GOYENA “es diferente del 555 Francés, y mucho más sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3ª, que niegan toda repetición al que edificó y plantó de mala fe en suelo ajeno y la conceden al que lo hizo de buena...”. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T. I, 1852, págs. 361 y 362.

³⁴Decía, el artículo 680 del Proyecto de Código civil de 1836: “El poseedor de buena fe que edificare o plantare en heredad ajena, podrá exigir del que reivindicare ésta como verdadero dueño la indemnización de los gastos que hubiese hecho, deduciendo el valor de los frutos percibidos por el mismo”.

³⁵GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 361 y 362.

con las que “el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento inicial”, para este autor “el artículo descansa en la regla general de derecho civil o principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe” y concluye: “El accidente de poseer o no el edificante o plantante, de ser rico o pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia de fondo?”.

4.2. Edificación en suelo ajeno con materiales propios de buena fe

4.2.1. Aspectos generales del supuesto de hecho

El artículo 361 C.c., pieza clave en sede de accesión inmobiliaria industrial, retoma el supuesto de hecho previsto en el artículo 358 C.c., y lo completa exigiendo que la actividad constructora del tercero ajeno a la propiedad del *solum* se haya llevado a cabo con materiales propios³⁶ y de buena fe.

Es más, el Código civil en atención a ese estado gnoseológico, la buena fe del edificante (pues nada dice respecto al *dominus soli*), excluye la posibilidad de que el constructor pueda verse compelido a retirar la construcción a su costa³⁷. Y trata de encontrar el equilibrio entre permitir que el *dominus soli* se aproveche de la acción de otro realizada en su *solum*, y la imposición de obligarle a pagar por algo que quizá no haya deseado como si hubiere sido él quien lo hubiera encargado³⁸.

A tal fin, nuestro legislador trata de solucionar el conflicto de intereses generado por una imposición de un enriquecimiento de buena fe, ofreciendo al propietario del

³⁶La primera hipótesis aparece definida por distintas sentencias del TS, en ellas se marcan las notas diferenciales con las otras hipótesis posibles, esto es, con la construcción en suelo ajeno con materiales propios y mala, con la construcción en terreno ajeno con materiales también ajenos y con el supuesto de extralimitación. Así, la STS de 17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728), cuya doctrina es reiterada en otras posteriores como la de 1 de octubre de 1984 (Tol 1666043), o de 31 de diciembre de 1987 (Tol 1738331), establece que la construcción en suelo ajeno con materiales propios puede revestir varias modalidades: 1.- cuando el constructor realiza la obra con la creencia de que el terreno le pertenece, supuesto que caerá bajo el imperio del artículo 361 puesto en relación con los artículos 454 y 454 C.c. y en el cual el dueño del solar tiene la facultad de hacer suya la obra, con indemnización al constructor o, en su caso, puede obligarle a pagar el precio del terreno; 2.- La obra puede realizarse con plena conciencia de que el suelo no le pertenece, en cuyo caso y de conformidad a lo preceptuado en los artículos 362 y 363 del Código civil, pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización siempre y cuando éste no opte por la demolición de lo edificado, a costa del propio constructor, rigiendo el principio *superficies solo cedit*; 3.- Cuando el constructor rebasa los linderos de su finca e invade la contigua sin dolo o culpa grave, extralimitándose con lo edificado y en cuya situación el constructor ganará la propiedad del todo, a cambio no sólo del precio del terreno invadido sino también la indemnización reparadora de los daños y perjuicios según la constante jurisprudencia que ha disciplinado la denominada “accesión invertida o construcción extralimitada”.

³⁷SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. págs. 152 y 153.

³⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1486.

suelo dos alternativas: por un lado, quedarse con lo edificado. Supuesto en donde el legislador, como presupuesto ínsito en la norma (Vid. STS de 28 de febrero de 2007 — RJ 2007/821 y RJ 2007/1627—)³⁹, parte del dato de que tales obras o construcciones han resultado beneficiosas⁴⁰ al propietario del suelo, y es por esta razón por la que se le va a exigir que indemnice al que de buena fe edificó según las pautas de los artículos 453 y 454 C.c., y por otro, se permite al *dominus soli* renunciar a la accesión ganada y obligar al constructor a pagar el precio del terreno invadido⁴¹. Solución nueva con la que el legislador se aparta de las leyes antiguas y no exenta de críticas, dado que su justicia no será reconocida por todos al considerar la compraventa forzosa como una pena legal impuesta a quién de buena fe construyó, en la errónea inteligencia de creerse dueño del terreno o legitimado para ello⁴².

4.2.2. El edificante en suelo ajeno

El primer problema que presentan las reglas sobre edificación, como forma de accesión, recogidas en el Código civil, es el de determinar a qué personas son aplicables. Como sabemos, el artículo 361 C.c., pieza clave en la materia, rige la suerte de las edificaciones y plantaciones realizadas por un tercero de buena fe en terreno ajeno. El resto de los artículos (artículos 362 a 365 C.c. incluido, pese a su aparente autonomía), no son más que especificaciones o derivaciones de aquél⁴³. De modo que para estudiar el ámbito subjetivo de la regla *superficies solo cedit* en la edificación en suelo ajeno⁴⁴

³⁹La STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/821 y RJ 2007/1627) plantea una cuestión muy interesante porque el TS considera presupuesto necesario para que proceda la aplicación del artículo 361 del C.c. “que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el dueño del terreno...”, la creación de riqueza se considera como presupuesto ínsito en la propia formulación de la norma e impediría su formulación en caso de no obtener con la incorporación un beneficio patrimonial.

⁴⁰Pues en caso contrario no quedaría justificada la indemnización y además procedería la reclamación por los daños y perjuicios ocasionados (artículo 1902 C.c.), según refiere, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 370. En la doctrina italiana exige un “miglioramento” BORSARI, L., *Comentario del Codice civile italiano*, Libro secondo, Roma, 1972, pág. 194.

⁴¹BONET BONET, F.V., “Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo”, *RGLJ.*, T. 231, 1971, pág. 116, refiere a la opción entre consumir la accesión, indemnizando al constructor, o sustituir la accesión por una simple venta del terreno hecha al que edificó o plantó, o por un arrendamiento temporal a favor del que sembró hasta que recoja la cosecha (en relación al artículo 1578 C.c. y la legislación sobre Arrendamientos rústicos), con las consiguientes obligaciones que convencionales se fijen, especialmente la del pago del canon arrendaticio u otra posible contraprestación.

⁴²FALCON, M., *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, Común y Foral*, T.II, 4ª ed., Barcelona, 1888, pág. 144, reconoce que si bien es cierto que cuando el constructor edificó o plantó en terreno ajeno, demostró que quería para sí un edificio o un plantío, también es verdad que lo creía suyo, y de saber que había de comprar y pagar el terreno, no se habría decidido a construir o plantar. Y manifiesta abiertamente su rechazo a lo que él denomina como “pena impuesta” pues entiende que “la Ley fuerza a adquirir por un hecho inocente del que no debe ser responsable”.

⁴³CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 263.

⁴⁴Es requisito subjetivo, la alteridad o disparidad de quien edifica y de quien es dueño del suelo sobre el que aquél construye. De no haber tal antagonismo, no habría conflicto alguno, sino simple ejercicio del propio derecho de propiedad.

basta con referirse al artículo 361 C.c.

La cuestión se plantea porque a diferencia de sus modelos históricos, el artículo 361 C.c. no cualifica la naturaleza del tercero que edifica en terreno ajeno⁴⁵ y la doctrina (clásica y moderna), han venido planteándose la conveniencia de aplicar la normativa de la accesión en función de si el edificante poseyera o no la cosa, para entonces otorgarle determinados derechos y acciones, a fin de recuperar las impensas realizadas.

De conformidad al artículo 555 del Code⁴⁶, y por su influencia, conforme al anterior artículo 450.4 del Codice de 1865, la doctrina francesa y la italiana⁴⁷ (referida al Codice anterior⁴⁸), consideran que el constructor en terreno ajeno ha de ser un poseedor en concepto de dueño que, tras la construcción realizada, haya sido vencido por la reivindicación (o por una acción de petición de herencia)⁴⁹ del verdadero dueño del solar con el que jamás ha mantenido una relación jurídica contractual válida, consistiendo su buena fe en ignorar el vicio que presentaba su título⁵⁰ adquisitivo de propiedad⁵¹. Avala este ámbito subjetivo, la letra de la ley de las normas correlativas

⁴⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 137.

⁴⁶COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, T. II, vol. 2º, *De los bienes y de los derechos reales principales*, trad. RGLJ y notas D. De Buen, Madrid, 1923, págs. 870 y 871, se pregunta ¿a qué poseedores se aplica el art. 555?, y reconoce la posibilidad de dos acepciones; uno amplio y vulgar que se aplica a todo el que detenta una cosa ajena, y un sentido técnico y restringido que se aplica exclusivamente a quien detenta la cosa *animo domini*, en condiciones tales que al cabo de un lapso de tiempo más o menos largo su posesión se transformará en propiedad en virtud de la prescripción. «Parece indudable que el texto del art. 555 sólo se refiere a los poseedores en el sentido estricto de la palabra. En efecto, supone un propietario frente a un “tercero vencido”. Estas palabras indican que ha habido una demanda de reivindicación o una petición de herencia; no podrían, por tanto, aplicarse al caso de un simple poseedor precario».

⁴⁷BORSARI, op. cit., pág. 193, habla del poseedor vencido por la reivindicación y que ha sido expulsado por el propietario legítimo.

⁴⁸No respecto al Codice actual, artículo 936, que utiliza la expresión genérica de “terzo”. DE MARTINO, op. cit. pág. 502, considera superada la disputa bajo el imperio del viejo código sobre la noción de tercero y entiende comprendido cualquier poseedor o detentador del fundo, incluido el precarista y deja fuera a todo aquél que haya tenido una relación real con el propietario (condómino, usufructuario, etc.), incluso aquellos que hayan tenido una relación de tipo personal en la que se haya disciplinado el poder llevar a cabo las obras (el gestor, el socio...).

⁴⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *La Accesión horizontal en las construcciones extralimitadas*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 171.

⁵⁰No necesariamente hábil para la usucapión del artículo 2265 del Code en cuanto a justo título.

⁵¹Postura mantenida por LAURENT, PLANIOL, DURANTON, CARBONNIER, LEVIE, SAINT-ALARY, DE PAGE, BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, aunque la jurisprudencia francesa ha venido siendo flexible aplicando el artículo 555 del Code a meros detentadores o precaristas, incluso a arrendatarios y enfiteutas, a pesar de contar con una regulación específica. Así SSTCasación francés de 17/11/1883, 15/01/1912, 14/12/1921, 20/03/1939, 22/01/1947, 7/03/1955, 1/12/1964, 3/05/1983 y 3/10/1990, que fundamentan esta flexibilidad apoyándose en el “tiers” del primer párrafo. Doctrina citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 170, nota. 6. En una posición crítica se encuentra DEMOLOMBE, C., *Traité de lá distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, T.IX, París, 1866, págs. 590 a 592, que no acepta esta interpretación mayoritaria de la norma y propone como alternativa la aplicación de las reglas de la gestión de negocios ajenos *ex* artículo 1375 del Code en lugar del artículo 555, porque considera a éste último abusivo, sobre todo por su

al artículo 361 C.c. que hablan de “tiers évincé” (artículo 555 del Code) y de “terzo che abbia sofferto evizione” (artículo 450.4 del Codice de 1865)⁵², los antecedentes romanos que acabamos de ver, que sólo concedían la posibilidad de indemnización y reivindicación de los materiales demolidos al edificante que hubiese poseído el suelo de buena fe⁵³ y en concepto de dueño⁵⁴, y nuestra legislación de Las Partidas⁵⁵.

Y así lo ha creído para el artículo 361 C.c. un sector de la doctrina española⁵⁶ y

comparación con el artículo 554, correlativo de nuestro artículo 360 C.c., observando entre los dos una contradicción de principios porque el primero prohíbe al *dominus materiae*, por razones de orden público, pedir la demolición sea el *dominus soli* constructor de buena o mala fe, y sin embargo, el artículo 555 sí que permite tal demolición cuando el constructor es de mala fe. Pero debemos objetar que en el artículo 554 es el propio *dominus soli* el que construye, y por tanto exterioriza su voluntad de que opere la accesión y entre en juego el principio *superficies solo cedit*. Ninguna de estas dos circunstancias se produce en el artículo 555.

⁵²Aunque el Codice de 1865 (artículos 447 a 462) sigue fielmente las pautas normativas del Código civil francés considerándose al edificante, cultivador, etc... como poseedor civil, si bien también se considera incluido el mero tenedor: “per terzo s’intende qualunque persona che in suo nome e per suo proprio conto, fa costruzioni, piantagioni od opere in un fondo che non gli appartiniere in proprietà e del quale ha soltanto il possesso de buona o di mala fede, o la semplice detentazione”. BORSARI, op. cit. pág. 194 y ss. También, PASCUALI, G., Voz “Accessione (Diritto di)”, *Digesto Italiano*, Vol. I, parte prima, Torino, 1884, pág. 303.

⁵³Aunque realmente en la práctica romana lo que importaba, más allá del hecho posesorio en sí, era la buena o la mala fe del constructor. Recordemos la repugnancia que sentía los romanos hacia la mala fe, en cuyo caso el constructor fuera o no poseedor, perdía todo derecho a ser indemnizado y a posible reivindicación de los materiales, (salvo destrucción de la presunción *animus donandi*). CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 179, nota 27.

⁵⁴Lib. II, Tít. 1, § 30 de las Instituciones de Justiniano: “Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domun aedificaverit, illius fit domus cujus et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienate, utique si non ignorabat se in alieno solo aedificare; et ideo, liceo diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabricorum, posse cum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonae fide possessor fuerit qui aedificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod aedificarevit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse” (D.41, 1, 7, 12).

⁵⁵Así en las Leyes 41, 42 y 44, del Título 28, Partida 3ª se habla de “poseedor vencido en juicio por el verdadero señor de la heredad”. Pero también es cierto que, en la práctica siempre se concedió indemnización al constructor, aunque con diversa cuantía según su buena o mala fe y según fuere o no poseedor. Así lo refiere FALCON, op. cit., págs. 143 y 144 “si era poseedor del terreno el edificante y además obró de buena fe, debía cobrar el valor de los materiales, y aún reivindicarlos cuando el edificio se demoliese. Si era poseedor y obró de mala fe, sólo tenía derecho a la reivindicación en el caso de demolición del edificio... Si no era poseedor y obró de buena fe, le asistía el mismo derecho de reivindicación; y si no era poseedor y obró de mala fe, perdía el valor de los materiales, sin derecho en caso alguno de reivindicación”. También en SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 94.

⁵⁶MANRESA, op. cit., pág. 188, que considera que hay lo primero que hay que tener presente es cómo y cuándo se ha de reputar al constructor de buena fe, y manifiesta que “para esto hay que atenerse al art. 433, según el cual se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide; y además debe tenerse en cuenta el art. 434, según el cual la buena fe se presume siempre, y al que afirma lámala fe de un poseedor, corresponde prueba”.

algunas Sentencias del Tribunal Supremo⁵⁷ y de las Audiencias Provinciales⁵⁸, que coadyuvados por la remisión que realiza el artículo 361 C.c. a los artículos relativos a la liquidación de los estados posesorios (artículos 453 y 454 C.c.)⁵⁹, aplican el artículo 433 C.c.⁶⁰, aunque a veces también se remiten al artículo 1950⁶¹ C.c. Consideran que, edificante de buena fe es aquel que cree que el suelo le pertenece, apoyado en un título, bien proveniente de un no propietario, bien ignorando ese poseedor que en su título o modo de adquisición hay vicio que lo invalide.

El Código civil, por el contrario, con respeto absoluto a la literalidad del artículo 404 del Proyecto de 1851, se aparta del magisterio del Code y simplifica con acierto la cuestión⁶², desembarazándola de distinciones (ser poseedor o no el edificante, ser rico

⁵⁷Vid. STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3842), que resuelve un supuesto en el que se ejercita una acción reivindicatoria respecto a una finca en la que el padre del demandante había construido un estanque, aquél suplica que se considere una construcción realizada de mala fe, ya que fue realizada con anterioridad a un procedimiento de deslinde de ambas fincas, esto es, cuando ambas fincas no habían sido objeto de delimitación judicial, y ambos litigantes se consideraban propietarios del bien disputado (artículo 1950 y 7 C.c.). El TS aplica el artículo 361 C.c. al considerar que el demandado obró de buena fe al creerse propietario de la finca sobre la que se construyó el estanque. También STSJ Cataluña de 29 de septiembre de 1993 (RJ 1993/10179).

⁵⁸Vid. las SSAP de Teruel de 13 de febrero de 1992 (AC 1992/222), de Zaragoza de 11 de julio de 1992 (AC 1992/1101), de 22 de noviembre de 1994 (AC 1994/2002), y de Córdoba de 9 de diciembre de 1994 (AC 1994/2278).

⁵⁹DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Las relaciones jurídico-reales, El registro de la propiedad. La posesión*, Vol. III, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 298, defiende este autor la compatibilidad de ambos regímenes, las normas reguladoras de la accesión con las reguladoras de las mejoras. Dice *parece demostrarlo el artículo 361, que se remite a los artículos 453 y 454. Además, subsisten siempre dos interrogantes. El primero es que una construcción no tiene por qué suponer siempre una objetiva mejora objetiva del fundo, pues ello dependerá del tipo, función y calidad de la construcción. Lo demuestra así que, en materia de mejoras el Código suele distinguir, aparte las de mero lujo o recreo, las necesarias, que parecen presuponer siempre un acto meramente conservativo, y las útiles, que como su propio nombre indica, necesitan determinar una utilidad para el fundo. Caben, pues construcciones que no sean en sentido estricto mejoras, por no ser necesarias o por no determinar una directa utilidad. Por otra parte, en el régimen de las mejoras se engloba un poco confusamente el gasto realizado y las obras o instalaciones en que el gasto se concreta, y se puede decir que las normas sobre régimen jurídico de las mejoras aparecen montadas sobre todo como criterios para resolver el problema del gasto más que el destino final de la obra o instalación. Por último, cabe todavía señalar que hay mejoras que no significan directa incorporación o accesión, puesto que respecto a ellas se admite el llamado *ius tollendi* o derecho del que las introdujo a separarlas, que está suponiendo la posibilidad de separación y, por ende, la inexistencia de incorporación en sentido estricto.*

⁶⁰NAVAS NAVARRO, S., “La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)”, en *ADC*, 1995, págs. 94 y 95.

⁶¹GULLÓN BALLESTEROS, A., “Accesiones inmobiliarias”, en *Protección del derecho de propiedad*, en Cuadernos del CGPJ, Madrid, 1994, págs. 217 a 236. Para este autor edificante del artículo 361 C.c. es aquél que construye porque cree que el suelo le pertenece, creencia apoyada en un título que bien proviene de un no propietario (artículo 1950 C.c.), o porque ignora el constructor que en su título o modo de adquisición hay un vicio que lo invalida (artículo 433 C.c.).

⁶²SCAEVOLA, Q., “Comentario al artículo 361 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VI., comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca, editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 309. Extremo que en la práctica ya se venía observando hasta que finalmente la regla de Derecho la recogió poniendo fin a todas las distinciones que la oscurecían, y que con carácter previo por opinión común de los escritores y sin ser recogida en el Código, se concebía referida al edificante

o pobre el *dominus soli*) que no cambian la justicia de fondo⁶³, y se limita a utilizar la forma gramatical impersonal⁶⁴ “el que edificare”⁶⁵ haciendo referencia, únicamente, a la posesión en este artículo 361 C.c. cuando se remite a los artículos 453 y 454 C.c., al sólo efecto de regular el alcance y extensión de la indemnización debida al edificante de buena fe, sin que ello implique limitación subjetiva de aquél al poseedor civil, ni equiparación absoluta de la buena fe en sede de accesión a la buena fe a efectos de posesión o liquidación de estados posesorios. Para DE BUEN⁶⁶, el que edifica, para que “naturalmente pueda hacer una de esas obras necesita ser poseedor⁶⁷, aunque no lo sea en sentido estricto de ese vocablo, es decir con *animus domini*, sino en un sentido más amplio que abarque a todo tenedor material. No hay nada, por otra parte en los artículos citados que haga pensar en otra cosa”.

Hay quien⁶⁸ por ello sugiere que quizá la distinción trazada entre poseedor o no poseedor, ha de ir referida a la mera tenencia del bien, o que tal vez la razón de la diferenciación sea que “no poseedor es aquél que ha perdido la posesión”⁶⁹, o pueda obedecer, más bien, a otra distinción, la que diferencia entre *poseedor civil* y *poseedor natural*, y al análisis de si debe diferenciarse entre posesión civil y natural a los efectos de determinar si la normativa de la accesión también es aplicable al mero poseedor natural, y en caso afirmativo, si ese precarista o sujeto, cuyos actos son meramente consentidos o ejecutados en virtud de licencia, puede retener.

Así planteada la cuestión la edificación podría ser realizada, según especifica SÁNZ FERNÁNDEZ, por el poseedor en concepto de dueño, por un poseedor en concepto dis-

con materiales propios tanto fuese poseedor o no poseedor. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. pág. 95.

⁶³GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 19, tilda de injustificables tales distinciones de ser o no poseedor el constructor, o ser rico o pobre el *dominus soli*, con las que “el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento inicial”, puesto que para él “el artículo descansa en la regla general de derecho civil o principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe”.

⁶⁴NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 94 y 95.

⁶⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 137, destaca que también contenía la forma impersonal el derogado artículo 278 de la Compilación catalana.

⁶⁶DE BUEN, D., *Curso elemental de Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, *De los bienes y de los derecho reales principales*, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre Derecho civil español por DEMÓFILO DE BUEN, Madrid, 1923, pág. 976.

⁶⁷SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 137, ya advertía en 1947, que algún autor francés había hecho notar que es absurdo hablar de edificación hecha por quien no sea poseedor, pues el hecho de construir significa un contacto material con el suelo, una posesión y por tanto, el edificante es siempre poseedor. Esto es cierto si utilizamos el término posesión en sentido amplio referido no sólo a la posesión con título, sino a toda detentación. De modo que así planteada la cuestión queda referida a una mera cuestión de palabras.

⁶⁸NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 64 y ss.

⁶⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 113, considera que «tal vez las expresiones utilizadas por el legislador en el artículo 361 “en que se edificare” y “el que edifica” del artículo 362 C.c., se deban a que para entablar la acción derivada de la accesión, no es preciso permanecer en posesión de la cosa en el momento de ejercitar la acción; basta haber edificado en un momento anterior en el que se habrá poseído la finca. La pérdida de la posesión sólo podrá significar la del derecho de retención, pero no impide reclamar los otros derechos que la accesión producida confieran al reclamante».

tinto de dueño, por un poseedor por otro (administrador o gestor de negocios) e incluso por un mero detentador sin título alguno⁷⁰, en atención a la amplitud de redacción de los preceptos del Código civil. Postura que matiza a continuación cuando añade “sin perjuicio de las desviaciones que puede haber respecto al edificante por la especial regulación de la institución correspondiente”. DÍEZ PICAZO da una vuelta de tuerca y reduce el ámbito subjetivo. Considera constructor, en todo caso, a quien realiza la construcción *nomine proprio*⁷¹ aunque no la lleve a cabo materialmente, pero sí toma la decisión y realiza los gastos e inversiones necesarias⁷².

Se entenderá entonces, de conformidad a esto último, que las reglas del Código civil sobre accesión no serán de aplicación cuando quien construye sobre suelo ajeno es usufructuario, superficiario, enfiteuta, copropietario⁷³ o arrendatario (o cualquier persona vinculada al propietario por cualquier derecho de carácter personal o real en el que se haya convenido la posibilidad de construir sobre el suelo ajeno)⁷⁴, quienes, aunque poseedores, no son terceros “ajenos” desvinculados del *dominus soli*, ni adquirieron la propiedad de quien creyeron que era su dueño sin serlo⁷⁵.

Dejando al margen el supuesto de copropiedad, (que será objeto de análisis detalla-

⁷⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 138, concluye que propiamente hablando sólo en los dos primeros casos puede decirse que la obra ha sido hecha por un poseedor de la finca.

⁷¹DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298. Hace referencia a la mera posesión natural “sin poseer mal se puede construir”, y exige en todo caso que el que construye lo haga para sí, aunque no lleve la construcción a cabo materialmente pero sí toma la decisión y realiza los gastos e inversiones necesarias.

⁷²Resuelve así la cuestión en torno a quienes han celebrado un contrato de obra con el *dominus soli*, porque constructor será quien decide llevar a cabo la construcción y el que aporta el capital para ella, no el que efectivamente la realiza que deberá regirse por el vínculo negocial que les une. DÍEZ PICAZO, op. cit., 299.

⁷³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 268, considera que el límite de abono por las mejoras realizadas por ciertos poseedores “justos” como un arrendatario o un usufructuario viene determinado por el carácter interino de su título. Para el Ordenamiento todo lo que se haga en virtud de tal concepto posesorio (arrendatario, usufructuario, etc) no será indemnizado o lo será pero hasta un límite, porque el titular conoce la temporalidad de su título y compensa el hecho de no ser abonado con las ventajas que le concede el saber que durante el tiempo de la posesión no será inquietado y que podrá aprovechar las ventajas y rendimientos de la finca poseída. La estabilidad en su posesión por el título justo, le permite un cálculo de rentabilidad que si falta y el titular se empobrece no será por la norma de Derecho que le prohíbe cobrar las mejoras sino por su imprevisión, incuria o error. El que posee como arrendatario por derivar su título de un *fictus dominus* podría ver frustradas sus expectativas por la eventualidad de una acción recuperatoria del *verus dominus*, y no se puede argumentar diciendo que el poseedor en concepto de arrendatario tendrá que limitar sus derechos con quién arrendó la finca, puesto que el propietario puede reivindicarla de quien la posea y con independencia del concepto en que la posea. En consecuencia CARRASCO PERERA, considera también constructores de buena fe, del artículo 361 C.c., al que edifica ser arrendatario, sin serlo; al hijo del causante que estima, erróneamente, formar parte de la comunidad hereditaria; al que ha sido contratado por un *fictus dominus* como administrador de una finca y en ella construye; al concesionario de obra pública cuyo título de concesión resulta nulo por incompetencia manifiesta de la autoridad que lo contrató, etc.

⁷⁴DE MARTINO, F., *Della proprieta*, en el comentario del Codice civile, a cura de A. SCIALOJA E G. BRANCA, Libro Terzo, art. 810-956, 4ª edizione, Roma, 1976, pág. 502. Excluye toda relación personal no real en la que se haya estipulado la posibilidad de construir, habla del socio, del gestor, mandatario etc. . .

⁷⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 173.

do más adelante), para los demás supuestos las normas de accesión no rigen, no porque su ámbito subjetivo de aplicación sea tan restringido como en Francia o Italia (según el Codice 1865), sino porque *lex specialis derogat legi generali*⁷⁶, es decir, en tales supuestos la construcción en suelo ajeno tiene su propio régimen legal especial (cfr. artículos 487 y 488, 1573 del Código civil, 23 de la LAU, 19, 20, 21 de la L.A.R. . .) o convencional⁷⁷, como ocurre en el llamado arriendo *ad aedificandum* (Vid. SSTs de 2 de enero de 1928 y 15 de octubre de 1962⁷⁸, también las SSAP de Cantabria de 6 de marzo de 1997 —AC 1997/423— y de Las Palmas de 15 de noviembre de 2008 —JUR 2008/119382—) donde habiendo pacto de obrar, a él hay que atender.

Por ello, merece en este punto ser reproducido el segundo Considerando de la STS de 17 de diciembre de 1955 (RJ 1955/3636), donde el Tribunal Supremo esgrime las razones para la no aplicación del régimen de accesión a un caso de arrendamiento con facultad para obrar por parte del arrendatario:

“para que esta figura jurídica —refiriéndose a la accesión— se produzca es necesario que el que edifica, planta o siembra en suelo ajeno, y con el que no tiene vinculación ninguna, lo haga únicamente movido por un estímulo propio y unilateral, sin que el dueño del suelo en que tales operaciones se realicen tuviera conocimiento anterior de ellas, y cuando por la reclamación de éste se suscitare la colisión de derechos entre ambos interesados, habrá de resolverse por ministerio de la ley con arreglo

⁷⁶DE MARTINO, op. cit., pág. 504.

⁷⁷Ejemplo de esta situación lo constituye la STS de 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858), en donde se denegó la aplicación del artículo 361 C.c. a quienes construyeron un edificio destinado a granja avícola mediante acuerdo con la propietaria del suelo y su marido, para la explotación conjunta del nuevo edificio, de tal modo que, el Tribunal Supremo consideró que las partes (propietarios-edificantes) habían constituido una sociedad civil o de hecho y por tanto los materiales no podían considerarse ajenos, sino en parte propiedad del *dominus soli*. Algo parecido ocurre en el terreno de las concesiones administrativas, lo usual es que en el Plego de Condiciones generales o particulares se preverá que el concesionario de forma automática perderá, normalmente en el momento de la reversión o denuncia de la concesión, las construcciones, instalaciones y materiales colocados en el inmueble donde se desarrolla la concesión, normalmente sin derecho de indemnización. La STS de 11 de junio de 1985, no niega la aplicación del artículo 361, concretamente sólo la opción de quedarse con lo edificado al tratarse de terrenos públicos, en un supuesto de concesión marítimo-terrestre, en la que el concesionario había sido expresamente autorizado a construir un edificio destinado a salazón y conserva de pescado. Esta última sentencia comentada en el estudio jurisprudencial de RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CASTAÑOS CASTRO, P., “La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia”, *RCDI*, N° 740, 2013, págs. 3916 y 3917.

⁷⁸La STS de 15 de octubre 1962 (RJ 1962/3870), es comentada por Díez PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Tecnos, 1975, Madrid, págs. 267, 279 y 280. El autor considera aplicable el artículo 361 C.c., al considerar que el arrendatario actúa de buena fe, entendiendo ésta como ignorancia de la antijuridicidad y no como ignorancia de no ser dueño. Sin embargo, la solución es más sencilla porque como afirma CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. op. cit., pág. 174, nota. 15, habiendo pacto de obrar, a él hay que atender, pero si en el contrato no se dice nada sobre la posible indemnización o no por la obra realizada, es cuando hay que acudir a la ley, sea especial o general si la cuestión no se regula en una normativa específica y en tal supuesto no debe haber problema en aplicar la normativa de la accesión, en concreto el artículo 361 C.c. pues aunque el inquilino-edificante, sea a estos efectos de mala fe, por conocer la ajenidad del *solum*, se compensaría con la mala fe del arrendador que le permite y autoriza a construir. Conducta que encajaría perfectamente en la actitud tolerante definida en el artículo 364 C.c., o podría tratarse de un contrato sin integrar.

a las equitativas normas establecidas en los artículos 358 y siguientes del Código civil; pero la actuación del demandado, ahora recurrente, no ha sido determinada en el caso que ha dado origen al presente litigio por ninguna de las circunstancias antes expresadas porque si construyó en el local que tenía arrendado la edificación consabida fue en virtud de la facultad que como arrendatario del solar le otorgaba la cláusula tercera del contrato de arrendamiento, es decir que ligado mediante vínculo arrendaticio al suelo ajeno, edificó en él, no en virtud de impulso propio y unilateral, con lo que abiertamente hubiera infringido el contrato de arriendo, sino mediante estímulo bilateralmente pactado y debiendo ajustarse en su actividad constructora a las condiciones en el pacto establecidas, de las que, si excedía, nada podría reclamar fuera de la órbita jurídica del contrato de arrendamiento, afirmación ésta concorde con la doctrina que enseña que en las instituciones jurídicas de arrendamiento, y su análoga de usufructo, no puede darse el caso de accesión porque tales mutaciones, nunca sustanciales por no estar permitidas, que el arrendatario o usufructuario introduzcan en lo arrendado o usufructuado, sean de la entidad que fueren, no pueden tener otra conceptualización que la establecida y regulada en los preceptos legales normativos de dichas instituciones de mejoras útiles o necesarias”⁷⁹.

En términos parecidos se pronuncia la SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008/119382), que resuelve un supuesto en el que interpuesta una demanda de juicio ordinario por el arrendatario-constructor en la que dice ejercitar “acción de accesión invertida”, interesa que de conformidad a la jurisprudencia interpretativa del artículo 361 C.c., se dicte sentencia en la que se declare que por accesión tiene el arrendatario derecho a adquirir la propiedad del terreno sobre el que había realizado la edificación. La Audiencia desestima su pretensión y resuelve que “la accesión nada tiene que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario, que vienen reguladas por su específica normativa, esto es, por los artículos 1573 y 487 C.c”. Además destaca la Audiencia que, en el presente caso se había pactado expresamente en la cláusula 6ª que “toda obra de mejora que se realice en el inmueble arrendado, sea cual fuere su naturaleza y finalidad, quedará en beneficio del dueño, sin que por ello pueda reclamar indemnización de clase alguna el arrendatario”.

Vemos, como el régimen de accesión es régimen común frente a aquellos otros regímenes que cuentan con regulación específica legal o pactada⁸⁰. Ahora bien, a la

⁷⁹Esta sentencia marcó el camino a otras posteriores como la STS de 1 de febrero de 1979 (RJ 1980/1564), también la SST de 5 de marzo de 1959 que cita a las SSTS de 23 de mayo de 1946 y 23 de mayo de 1951, que excluyen la accesión y se remiten a la regulación de la figura específica y a la posesión. La STS de 14 de abril de 1998 analiza las facultades del arrendatario a quien contractualmente se concedió la facultad de hacer obras de edificación en el terreno. La sentencia excluye la aplicación del artículo 361 y aplica los artículos 451 y ss. C.c., considerando al arrendatario poseedor de buena fe, y le otorga un derecho de retención a su favor, hasta que se le abonen los gastos necesarios de construcción realizados. Sentencias analizadas por RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑO CASTRO, op. cit., págs. 3915 y 3916.

⁸⁰Recuerda CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 174 y ss., que aun en los casos que no hubiere ley especial que derogue este régimen general, al no ser cuestión de Orden Público el régimen de accesión, no es absoluto sino dispositivo, derogable convencionalmente, lo que explicaría que la accesión ganada pueda ser renunciante (cfr. artículo 361 *in fine*, 363 y 6.2 C.c.).

pregunta ¿qué régimen será de aplicación cuando no lo haya especial, ni legal, ni pactado?⁸¹, habrá que responder que son razones de equidad y justicia las que justifican que se entienda aplicable el régimen previsto en los artículos 360 y ss., para cuando persona distinta al *dominus soli* (que no sea arrendataria, superficiaria, usufructuaria... sometida a régimen especial o consensual) construya en el suelo de aquél; sea o no estricto poseedor del suelo, y siéndolo, ostente o no título para ello; ya tenga o no conocimiento de tal construcción el *dominus soli*, y teniéndolo lo sea con independencia de que previamente haya o no mantenido una relación contractual con el edificante, y en caso de relación, que la posibilidad de edificar no haya estado prevista en el contrato, o estándolo no se haya acordado compensación tras la restitución del suelo con la obra incorporada al mismo una vez concluido el contrato⁸².

Así, queda hoy resuelta la problemática relativa a la disciplina de un caso muy común, y que en muchas ocasiones ha sido excluido del marco de la accesión por no concurrir en él el presupuesto de aquel caso más particular del poseedor vencido por evicción. Es el supuesto del precarista, de la obra realizada por el simple detentador que cuenta con la tolerancia o beneplácito del *dominus soli*, por vínculos de amistad o de familiaridad.

Concretamente, no es infrecuente en la práctica que la edificación se realice en casa de los progenitores de uno de los cónyuges para su destino a vivienda familiar (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014 —JUR2014/273549—)⁸³, o que se

⁸¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 175. El Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de septiembre de 2003, opta por la aplicación de las normas de accesión, en un supuesto de incumplimiento de contrato de cesión de solar a cambio de construcción futura. Concretamente, aplica el artículo 362 C.c. y declara la propiedad del todo a favor del cedente. Más considera al edificante de mala fe porque ha acometido el proyecto de edificación sin contar con la necesaria solvencia para hacer frente ni siquiera a los primeros costes. El Tribunal Supremo considera probado que acometieron una empresa que excedía con mucho de sus posibilidades. PLANA ARNALDOS, M^a. C., “STS de 17 de septiembre de 2003: Contrato de cesión de suelo a cambio de edificación. Resolución del contrato. Restitución: aplicación de las normas de accesión”, en *CCJC*, N^o 65, 2004, pág. 686. Vid. también, NAVARRO CASTRO, M., “La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado”, *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, coord. por I. González Pacanowska, C. L., García Pérez, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 100 y ss.

⁸²Hay SSTS que aplican el régimen general sobre a accesión a casos que aunque en principio cuentan con regulación específica bien porque se trate de una relación contractual ya extinguida y permanezca, no obstante, el ocupante en la finca y realice a partir de ese momento construcciones, por ejemplo sobre arriendos extintos las SSTS de 30 de noviembre de 1900, de 5 de marzo de 1959 (RJ 1959/1095); bien porque precisamente en el contrato se había excluido la facultad de edificar, y sin embargo, el poseedor edifica, vid la STS de 15 de enero de 1904 sobre arrendamiento en el que se excluye expresamente la facultad de construir. Es decir, se aplica el régimen de la accesión porque no había régimen singular aplicable. Tomadas de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 176, nota. 20.

⁸³Este es el caso resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014 (JUR2014/273549). La sentencia apelada desestimó la demanda del actor-constructor que pretendía la declaración de la propiedad del suelo sobre el que se asentaba la vivienda que había construido. Actor que había sido pareja sentimental de la hija de los demandados y propietarios del terreno. La Audiencia estima el recurso, pero sólo parcialmente y entiende aplicables las normas de la accesión con cita de sentencias del Tribunal Supremo como la de 17 de junio de 1999, o 30 de enero de 2007. Dice que en realidad la situación que se genera es la propia de la construcción en terreno ajeno de buena fe. Con-

eleve una planta sobre construcción preexistente sin constituirse derecho de superficie o de vuelo (SSAP de Toledo de 26 de julio de 2011⁸⁴ —AC 2011/2117—, y de Madrid de 4 de septiembre de 2006⁸⁵ —VLEX 26222462—). Todo ello, a veces relacionado con las previsiones introducidas en testamento o en una partición hereditaria que en su día se concretará, en la adquisición por parte del edificante-descendiente a título de heredero o legatario (STS de 15 de febrero de 1999 —RJ 1999/1240—)⁸⁶, incluso, en ocasiones anticipada al fallecimiento del causante a través de una donación de la propiedad del inmueble sobre el que se ha construido (STS de 30 de enero 2007 —RJ 2007/1708—)⁸⁷, por ejemplo, con cargo a fondos comunes de una sociedad ganancial,

sidera acreditado que el actor sufragó la construcción y que la misma contó con el beneplácito de los propietarios del suelo, lo que implica o se asimila a una situación de buena fe, artículo 364 del C.c. Vid también la SAP de Asturias de 16 de julio de 2007 (JUR 2007/341981), que desestima la acción de desahucio ejercitada por los propietarios del suelo contra la esposa del hijo de los actores pues se encontraban separados de hecho pero durante el tiempo de convivencia había sido construida la que constituyó la vivienda familiar con fondos comunes. La Audiencia desestima la pretensión de desahucio y remite a las partes al procedimiento ordinario que corresponda para dilucidar la cuestión compleja creada, debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 361 C.c. Idéntico supuesto de hecho y conclusión alcanza la SAP de Murcia de 12 de julio de 2013 (JUR 2013/275472).

⁸⁴La SAP de Toledo de 26 de julio de 2011 (AC 2011/2117), que resuelve un supuesto en el que el hermano de uno de los propietarios del suelo (cónyuges casados bajo el régimen de gananciales), construye con tolerancia de aquellos una primera planta. Ejercita acción declarativa de dominio, desestimada en primera instancia con estimación de la demanda reconvenional que suplicaba la declaración de su titularidad y se le concedía un plazo de un mes para ejercitar la opción del artículo 361 C.c. Finalmente la Audiencia, tras desestimar el recurso de apelación interpuesto por el hermano-constructor considera que en la aplicación del art. 361 del C.c., deberá optar el actor reconvenido, por hacer suya la vivienda construida en su solar, o porque se le pague el precio del cincuenta por ciento del solar en el que se ha levantado la vivienda, cantidad a determinar en ejecución de sentencia. En idéntico sentido con concesión de un plazo de un mes para ejercitar la opción del artículo 361 C.c. se pronuncia la SAP de Lugo de 27 de junio de 2012 (JUR 2012/242092), que resuelve un supuesto de construcción de naves, almacén, silos, fosas y demás construcciones por un hijo en terreno de sus padres

⁸⁵La SAP de Madrid de 4 de septiembre de 2006 (VLEX-26222462) resuelve un supuesto en el que los actores solicitan la declaración de dominio de una primera planta elevada por los demandados, aprovechando el disfrute de la finca en virtud de un contrato de comodato, interesando igualmente la resolución de tal contrato. En primera instancia se estimaron ambas pretensiones y se concedió a los demandados un plazo de dos meses para abandonar la vivienda, reconociéndoles el derecho a ser indemnizados en el valor de la obra realizada. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación y entiende que la cesión en comodato del inmueble no alcanzaba a la primera planta construida que se llevó a cabo sin intervenir la voluntad de los cedentes y que los actores conservarían en todo caso la propiedad sin que exista ni siquiera derecho de retención a favor de los demandados, aunque los considera constructores de buena fe del artículo 361 C.c. Finalmente la sentencia se limita a declarar resuelto el contrato de comodato y a condenar a los demandados al desalojo de dicha primera planta en el plazo de dos meses.

⁸⁶STS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240) equipara buena fe con la aquiescencia o autorización para construir por parte de los dueños del *solum*, en un caso en el que el heredero del causante-constructor, ejercita una acción declarativa de propiedad respecto a su 35 por 100 hereditario, sin embargo el Tribunal Supremo rechaza su pretensión a favor del matrimonio propietario del suelo.

⁸⁷La STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708), va referida a un supuesto de construcción por el actor de una nave sobre una finca adquirida por donación verbal por su padre, que a su vez la había recibido también por donación de su madre. Donación esta última declarada nula por sentencia. La Audiencia aplica el artículo 361 C.c. pero los recurrentes entienden normativa aplicable el artículo

etc. Pero será *a posteriori*, al deteriorarse esa relación de mera tolerancia, amistad o familiaridad, cuando se produce la situación de confrontación respecto a los derechos que corresponden a las partes en la construcción realizada, derechos a menudo muy difíciles de determinar y concretar⁸⁸. Ya que, en definitiva se trata de supuestos respecto a los cuales no hay convenio, ni ley especial aplicable, ni tan siquiera les resulta de aplicación el régimen posesorio de los artículos 453 y ss. C.c., por no reunir la cualidad de estrictos poseedores.

Se trata, por tanto, de un supuesto que es hoy pacíficamente admitido en el marco de la accesión, tanto por la doctrina italiana, donde el actual artículo 936 del Codice (a diferencia del 450.4 del Código de 1865) habla genéricamente de “terzo” en lugar de “terzo che abbia sofferto evizione”, como por la doctrina española⁸⁹ y el Tribunal Supremo, y al que serán de aplicación las reglas de la construcción realizada con buena fe del artículo 361 C.c. En tal sentido se pronuncia, la STS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240)⁹⁰, que equipara buena fe con la aquiescencia o autorización para construir por parte de los dueños del *solum*, en un caso en el que el heredero del

1303 en relación con el 633 del mismo Código. Finalmente el Tribunal Supremo desestima los recursos interpuestos y opta por el recurso a las normas de la accesión para su solución, concretamente al artículo 361 C.c.

⁸⁸ Así lo dispone la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014/273549), porque las partes en conflicto “no se han procurado de preconstituir una justificación en la participación concreta de cada miembro en la construcción de la vivienda realizada, de manera que es después y cuando ya se ha producido la ruptura de esas relaciones, cuando las partes mantienen posturas encontradas sobre sus respectivos derechos que, entonces, son difíciles de precisar por el marco familiar y de confianza en las que se han producido las relaciones de los que se derivan”.

⁸⁹ Así, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 2, nota 1; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, vol. 1º, *Posesión y Propiedad*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Edit. Dykinson, Madrid. 2008, pág. 136, que manifiesta que este tipo de accesión se produce con frecuencia: el hijo construye su casa en el terreno de sus padres con el beneplácito de éstos, o sobreleva un piso; un comunero que posee en exclusiva parte de la finca común (que se han repartido en lotes los condueños a efectos de su disfrute) edifica en ella. En contra GULLÓN BALLESTEROS A., “Accesiones inmobiliarias”, en *Protección del derecho de propiedad*, en Cuadernos del CGPJ, Madrid, 1994, págs. 226, cree que el precarista que construye con autorización del *dominus soli* ha de quedar fuera del ámbito de la accesión para ser sometido al de la liquidación de los estados posesorios. Por entender que en él no se da la buena fe de la accesión que entiende como creencia que el suelo le es propio. Sin embargo, la postura anterior es objetable, ya que la buena fe en sede de accesión es algo más amplia, no reducida a la creencia en la propiedad del suelo, y además al precarista no le es de aplicación el régimen de la liquidación posesoria, por la simple razón de que el precarista no es estricto poseedor.

⁹⁰ En contra la SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2013 (JUR2013/40469), que resuelve un supuesto en el que por el propietario del suelo se había ejercitado acción de desahucio por precario, contra la que los ocupantes-edificantes opusieron la inadecuación del procedimiento al tratarse de una cuestión compleja pues se habían realizado edificación sobre la finca, entendiéndose además la infracción de los artículos 358, 359 y ss. del C.c. Tras definir el precario como: la STS. de 31 de Enero de 1995 (RJ 1995, 413), señala que el precario “no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor”. Y respecto a la edificación se limita la Audiencia a reconocer al propietario del suelo su dominio “*superficies solo cedit*”.

causante-constructor, ejercita una acción declarativa de propiedad respecto a su 35 por 100 hereditario, sin embargo el Tribunal Supremo rechaza su pretensión a favor del matrimonio propietario del suelo, al declarar que:

«la vivienda unifamiliar a que se refiere el petitum de la demanda no fue propiedad del causante; tal como declara probado la sentencia de instancia, éste edificó a su costa una vivienda en terreno propiedad de los cónyuges demandados, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 C.c. y el principio superficies solo cedit, pertenece al dueño del terreno, es decir, a los demandados, no al causante del demandante. Partiendo de este principio, debe aplicarse el artículo 361 C.c., la accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios, que da opción al dueño (los demandados en este caso) a hacer suya la edificación pagando una indemnización o bien evitar la accesión obligando al que edificó (o a sus herederos) a pagarle el precio del terreno. Para lo cual es precisa buena fe y ésta existe cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno (que es el caso presente). Cuando se produce esta situación, el dueño (los dueños, los cónyuges demandados) no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante, terreno y obra, previo pago de indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno»⁹¹.

Realmente se trata de supuestos en los que mientras ha existido esa relación de tolerancia, de amistad o de familiaridad cordial, no se ha procurado preconstituir la concreta relación jurídica que justifique ese acuerdo de voluntades respecto a la construcción incorporada de forma indisoluble al suelo. Se estaría, por tanto, ante la necesidad de integrar ese innominado contrato, pero ante la gran dificultad que en la mayoría de casos supone precisar los concretos derechos de las partes enfrentadas, se recurre finalmente a la aplicación de las reglas de la construcción en terreno ajeno ejecutada de buena fe, porque, aun sabiendo el precarista, o persona ligada por vínculo de amistad o familiaridad, que no es dueño del suelo donde construye, y que no tiene derecho a

⁹¹En idéntico sentido la SSTS de 18 de marzo de 1948 (RJ 1948/467), la SSAP de Jaén de 3 de noviembre de 2000 (VLEX-57923509), de Sevilla de 7 de noviembre de 2003, de Córdoba de 2 de marzo de 2006 y la STSJ Cataluña de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003/6764), que aplicó el artículo 278 de la Compilación Catalana (correlativo al artículo 361 C.c.) a un supuesto en el que con consentimiento del padre, propietario del terreno, su hija tras casarse, construye una segunda planta sobre la casa de su padre, cuya propiedad éste reclama tras separarse de su esposa y madre de la constructora. También la STSJ Cataluña de 19 de febrero de 2004 (RJ 2004/1039) que se fundamenta en el artículo 542-10 C.c.c. En contra la STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898), de 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858) y 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240). También citar la STAP de Barcelona de 4 de octubre de 1996, la STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993 donde un hijo constructor modifica estructuralmente el inmueble durante la convivencia con sus padres, autorizado *ad hoc* expresa o tácitamente, por el padre y dueño de la finca. Estas últimas extraídas del estudio jurisprudencial de RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑO CASTRO, op. cit., pág. 3919.

construir, ello quedaría compensado con la pasividad o tolerancia del propietario del suelo, que conoce la ejecución de la obra y no se ha opuesto a ella; entrando así en juego el artículo 364 C.c.⁹², con su compensación de culpas y remisión al artículo 361 C.c.⁹³

4.2.3. La buena fe en el artículo 361 C.c.

4.2.3.1. La buena fe del edificante

De entrada debe destacarse que la buena fe en sede de accesión, como uno de los elementos integrantes del supuesto de hecho, no aparece descrita o definida, sino tan sólo mencionada, en el artículo 361 C.c.⁹⁴.

⁹²Compensación de la que carece el Code y carecía el Codice de 1865, pues únicamente exigía, en su artículo 452, el conocimiento y la falta de oposición del *dominus soli* en el supuesto de construcción extralimitada. Para BORSARI, op. cit., pág. 202, si el *dominus soli* se opone ningún derecho asistirá al constructor, de mala fe, que deberá restituir el terreno usurpado. Si el constructor era de buena fe, es claro que la mala fe comienza en este punto —refiriéndose al momento de la oposición— y advierte que se genera una situación muy singular y complicada, porque habrá una parte de la obra “bien hecha”, que deberá parar en el momento de la oposición.

⁹³A favor de esta interpretación la STS de 17 de junio de 1999 (RJ 1999/4387), el supuesto de hecho es la construcción de una segunda planta sobre edificio preexistente por la sociedad ganancial, siendo la esposa, hija de los propietarios del terreno y del edificio sobre el que se levantó. El TS considera de aplicación el artículo 361 C.c. y aprecia la buena fe de los constructores por existir autorización y vínculo familiar previo. De modo similar la STS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240)

⁹⁴Conviene en este punto que recordemos, que la buena fe, como se ha analizado en el estudio realizado de las referencias histórico-jurídicas (Derecho romano, Las Partidas, y primeros códigos decimonónicos, entre ellos el Code y el código italiano de 1865), consiste en la creencia de ser dueño, lo que determina a su vez el concepto en el que se posee el suelo: en concepto de dueño. Así, la buena fe era la creencia de que la titularidad que se creía ostentar habilitaba para edificar. Más aún, se creía que el suelo era propio y por ende que se edificaba o construía en suelo propio. Y en sintonía con ello, el artículo 428 del Proyecto de 1851 disponía que “se consideraba poseedor de buena fe el que lo es en virtud de un título traslativo de propiedad, cuyos vicios ignora. Es poseedor de mala fe aquél a quien consta que le falta título para poseer, o que el que tiene es vicioso o insuficiente”. Así, la creencia o ignorancia de la falta de libre disposición del tradente provocaba, en el edificante, la creencia de que era dueño, de que se le había transmitido válidamente la propiedad (u otro derecho real que permitiera edificar) del suelo. Considera NAVAS NAVARRO, op. cit. págs. 94 y ss. que hay que tener presente que el Proyecto de Código civil de 1851 acogía el sistema consensualista de transmisión y adquisición de los derechos reales, en armonía con el Código francés de 1804. Así los juristas galos de forma unánime consideraban buena fe, la creencia o ignorancia acerca de la existencia de vicios o máculas en el título traslativo de la propiedad. En cambio el vigente Código acoge el sistema traslativo consistente en la teoría del título y el modo (artículos 609 y 1095 C.c.) lo que conlleva ampliar el ámbito de buena fe que debe referirse a ambos elementos del mecanismo jurídico-transmisivo y, por otro lado, no se ciñe a la transmisión de la propiedad u otro derecho real, sino también es aplicable a la transmisión de la posesión. Además, debe añadirse que, en nuestro sistema, la adquisición de la propiedad y demás derechos reales, no se produce sólo mediante dicha teoría sino que de conformidad con el artículo 609 C.c. “La propiedad se adquiere por ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley; por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Puede también adquirirse por medio de prescripción”.

En las Instituciones de Justiniano (II, 1, 30), para el supuesto de hecho del artículo 361 C.c., se indicaba que el dueño de los materiales pierde la propiedad de estos “utique si non ignorabat se in alieno solo aedificare”, añadiendo que es posible su defensa frente al dueño del suelo “utique si bonae fidei possessor fuerit qui aedificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod aedificavit temeré in eo solo, queo intelligebat alienum esse”⁹⁵.

Asimismo, el artículo 542-10 del Código civil catalán, en su apartado primero señala⁹⁶: “La buena fe de quien planta, cultiva o construye en suelo ajeno consiste en la creencia razonable de que tiene título para hacerlo”. Ya antes definida por el Usatge “Si quis in alieno” que hablaba del que edificare de buena fe “creyendo suyo el suelo”, y del que lo hiciera de mala fe “sabiendo que edificaba en suelo ajeno contra la voluntad del dueño”⁹⁷. Más, el legislador catalán no se ha limitado a su conceptualización sino también, en el apartado segundo del mismo precepto (artículo 542-10 Código civil catalán), la presume, e incluso especifica cuando ha de cesar: “por la mera oposición de los titulares del suelo”.

Y aunque partimos de la base de que la buena o mala fe, no es elemento constitutivo de la accesión su determinación tiene gran transcendencia, ya que la concreción del ámbito subjetivo en el marco de la construcción en terreno ajeno, de los efectos pecuniarios indemnizatorios⁹⁸, así como la circunstancia de tener o no derechos sobre

⁹⁵Regla también presente en el Digesto, 41, 1, 12, que dice así: “En el supuesto contrario de que alguno edifique con sus materiales en terreno ajeno, el propietario del suelo también se hace dueño del edificio; mas en este caso, si el dueño de los materiales sabía que estaba edificando en suelo ajeno, perdía todo su derecho, porque se entiende que voluntariamente los ha enajenado, y aun en el caso de que el edificio se viniese abajo no podría reclamar los materiales. Está claro que si el edificio lo posee el que lo construyó y el dueño del terreno lo reclama como suyo sin abonar el importe de los materiales y de la mano de obra, puede ser rechazado con la *exceptio doli*; esto en el caso de que el poseedor actual hubiese edificado de buena fe, ya que si sabía que el terreno era ajeno se le podrá echar en cara su mal proceder por haber construido temerariamente en un solar que no le pertenecía”.

⁹⁶Que ya no contiene la definición contenida en el artículo 9.1.a) de la LAO que decía «La construcción debe haber sido realizada de buena fe. Hay buena fe si, en el momento en que se ha iniciado la construcción, quien la ha construido se cree que es la persona propietaria del suelo invadido y, hecha la medición del proyecto técnico de edificación, ha comprobado que no resulta lo contrario. PEÑASCO VELASCO, R., *De la accesión codificada del siglo XIX, a la accesión invertida del nuevo milenio y su relación con el principio de buena fe en la edificación*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2009, págs. 84 y ss. Esta autora se pregunta tras la supresión de tal dato objetivo, si el C.c.c. considera de buena fe a quien construye en suelo ajeno, como mera creencia razonable de que puede hacerlo, siguiendo así un interpretación literal del precepto o si por el contrario debe entenderse incluido tal dato objetivo (la medición del proyecto técnico de edificación) por una cuestión que califica bien sencilla: La Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, que es de aplicación “al proceso de la edificación” y considera edificación, artículo 2.2., “a) Las obras de edificación de nueva construcción, y b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios. . . »

⁹⁷Al que siguió el artículo 278 de la Compilación catalana que sólo nombraba las consecuencias de la buena y mala fe sin definir las.

⁹⁸Es necesario recordar la irrelevancia del estado gnoseológico de los sujetos implicados, especialmente del edificante a los efectos jurídico-reales de la accesión, que vendrán determinados por la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*. Para nosotros la accesión como modo de adquisición de la propiedad no se fundamenta en la buena fe del incorporante. En nuestro marco comparado hemos

lo construido por parte del tercero ajeno constructor, vendrá dada por el único criterio que nos ofrece el artículo: el *concepto de buena fe*⁹⁹.

4.2.3.2. Las diferentes teorías doctrinales acerca del significado de la buena fe edificatoria

Tradicionalmente han sido dos las concepciones jurídicas¹⁰⁰ que han centrado el debate sobre el concepto de buena fe: la que entiende la buena fe como honradez subjetiva originada por la creencia errónea de que la conducta que se realiza no es lesiva de la esfera jurídica ajena; y la que concibe la buena fe más objetivamente, como conjunto de reglas de honradez existentes en el tráfico jurídico a las cuales debe someterse el sujeto agente¹⁰¹. La primera, se concibe como un puro hecho psicológico, como un estado de ánimo o como una creencia y opinión, y la segunda, tiene un carácter predominantemente ético como rectitud u honradez moral de la conducta¹⁰².

Y en un intento de aunar y superar esta dualidad, algunos autores han apuntado a la denominada “dirección normativista de la buena fe”¹⁰³, según la cual, la buena fe, más que un estado de ánimo subjetivo, es una auténtica norma de conducta, una norma a integrar en cada caso concreto con criterios extraídos de la conciencia social. Esto supone que la conducta del que edifica no esté basada en la negligencia, sino que es preciso que se actúe con la diligencia debida, con una cierta honradez (artículo 7 C.c.)¹⁰⁴ exigida por la conciencia social y que puede ser objetivada a fin de que el

visto que hay Códigos en los que ni si quiera se hace referencia a la buena o mala fe de los sujetos implicados. El propio Code, lo avala, en su redacción proyectada no distinguía según la buena o la mala fe del constructor; sí lo hará más tarde, en su tramitación, dando por resultado el artículo 555 originario, con su posterior reforma en 1960, en el que toma en consideración tan sólo el comportamiento ético del constructor. En Francia sólo existen dos supuestos de edificación en suelo ajeno, o bien es el constructor de buena fe o de mala. Si es de mala fe, el *dominus soli* puede optar entre adquirir lo edificado, o suprimir, demoler las obras a costa del que edificó. Si es de buena fe, el *dominus soli* sólo tendrá derecho a adquirir el edificio pagando una indemnización equivalente al aumento de valor del fundo, o bien, el coste de los materiales y mano de obra. El *dominus soli* no tiene por tanto la opción del artículo 361, ni tampoco dispone de norma correlativa a nuestro 364 C.c., siendo indiferente el estado gnoseológico del propietario del *solum*. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 182, 183 y 190 y ss. También, MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., págs. 123 y 124.

⁹⁹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 263.

¹⁰⁰ROCA GUILLAMÓN, J., “Comentario al artículo 1258 C.c.”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XVII, Vol. 1º-A, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, EDERSA, Madrid, 1993, pág. 488, habla de una buena fe en sentido subjetivo como actitud personal o psicológica, que constituye un elemento de ciertas situaciones a las que se reconocen determinados efectos, mientras que la buena fe en sentido objetivo constituye un criterio de valoración del “hacer” jurídico que opera como criterio de interpretación y de integración.

¹⁰¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 134.

¹⁰²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 285 a 287.

¹⁰³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 134.

¹⁰⁴ROCA GUILLAMÓN, op. cit. pág. 449, destaca que el problema fundamental no está tanto en la determinación de su noción o concepto, que en rigor no puede formularse con carácter unitario en nuestro Derecho, sino su modo de operar en las situaciones jurídicas concretas. Con cita de MIQUEL, considera muy importante que la ley haya preconstituido una valoración concreta de la buena fe, inte-

error sea excusable, pues no cabe buena fe si el error es inexcusable¹⁰⁵.

Esa dirección normativista ha sido el camino explorado por DÍEZ PICAZO, pionero en detenerse en este punto con acierto¹⁰⁶. Para él, buena fe en sede de accesión significa “que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena ignora con error excusable el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud”¹⁰⁷. En definitiva, significa que el que edifica, planta o siembra en terreno ajeno con materiales propios o con materiales ajenos, o el que emplea para su obra una materia ajena o el que mezcla con la propia una cosa ajena, ignora por error excusable que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, cree tener sobre ellas un derecho que le permita realizar aquellos actos, y concretamente, para el supuesto de hecho que nos ocupa “la buena fe del constructor sería... una errónea creencia nacida de un error excusable sobre el dominio del suelo en que construye o una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir”¹⁰⁸.

La mayor parte de la doctrina¹⁰⁹ viene sosteniendo este concepto de buena fe en materia de accesión, como suma de un determinado estado de conocimiento y de comportamiento¹¹⁰ que provoca un *error facti*¹¹¹ (creer actuar en cosa propia o tener derecho a edificar)¹¹², que no sólo exonera de sanción sino que además es factor de-

grándola en ciertos supuestos de hecho normativos, sin dejar ya libertad al intérprete o al Juez para sus propias valoraciones, todo lo contrario de lo que sucede en el artículo 7.1º C.c.

¹⁰⁵BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1487.

¹⁰⁶CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 190.

¹⁰⁷DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301.

¹⁰⁸DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301, y siguiéndolo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 191 y 192.

¹⁰⁹GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 217 a 236, define la buena fe como “creencia de que el suelo le pertenece —al constructor— apoyada en un título, bien proveniente de un no propietario (art. 1950), bien ignorando ese poseedor que en su título o modo de adquisición hay un vicio que lo invalida (art. 433). Esta creencia se basa en un error, que para merecer protección ha de ser excusable”. LOPEZ VILLAS, R., “Comentario al artículo 361 C.c.”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, T I, Dir. por C. Paz Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador, Madrid, 1991, págs. 1013 y 1014, en igual sentido entiende por buena fe “el estado de conocimiento de la persona que realiza un acto que altera o perjudica la sustancia de una cosa ajena, ignorando dicha persona el alcance ilícito de su acto, que se realiza, por tanto, en la firme creencia de su ilicitud”. Y añade, refiriéndose a la accesión: “Estamos, pues, en presencia de la buena fe entendida como ese estado de la persona dominada por la ignorancia inexcusable del daño que ocasiona en patrimonio ajeno (objetiva ilicitud del acto), creyendo que actúa lícitamente (subjética licitud de su conocimiento)”

¹¹⁰Esta idea se desprende incluso de las fuentes romanas, en las Instituciones de Justiniano (II, I, 30) en caso de edificación en suelo ajeno, la buena fe consistía no sólo desconocer la ajenidad del terreno sino también en obrar de forma no temeraria.

¹¹¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 192.

¹¹²PARADISO, M., *Il Codice Civile Commentario, L'accessione al suolo artt.934-938*, diretto da Piero Schelesinger, Milano, 1994 pág. 176, pone de manifiesto que el artículo 936 del Codice italiano, se refiere con la expresión “terzo” “a cualquier tercero, también al no poseedor” y su buena fe “va referida a un error o ignorancia sobre la licitud de la construcción, también la falta de oposición e incluso la autorización del propietario, refiriéndose en este último supuesto con cita de SACCO, al usufructuario que obra con consenso con el *dominus soli*.”

terminante de otras consecuencias jurídicas, pues el edificante se torna titular de una pretensión destinada a restablecer el equilibrio patrimonial que su actuación rompe, dando lugar al nacimiento de una obligación *ex lege* a cargo del enriquecido para reestablecer el referido equilibrio¹¹³.

Así entendida, para estos autores la buena fe en el constructor en suelo ajeno no necesariamente se equipara a la buena fe posesoria del artículo 433 C.c.¹¹⁴, ni tampoco a la de la usucapión ordinaria del artículo 1950 C.c.¹¹⁵. Ecuación que califica de errónea CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, por la “mala influencia” del artículo 555 francés¹¹⁶ y su restricción del ámbito de aplicación de la accesión al tercero poseedor vencido por evicción por ignorar los vicios de su título adquisitivo de dominio.

Restricción que advierte, no operaría en nuestro derecho, ya que son muchas las diferencias entre aquellos artículos 433 y 1950 C.c. y la buena o mala fe en sede de accesión¹¹⁷. Y aunque el hecho posesorio mismo pueda darse y se da, *stricto sensu*, en muchos supuestos de accesión, la tenencia de un título hábil para la posesión no es un requisito imprescindible para la accesión¹¹⁸, e incluso un título inhábil para la usucapión de 1950 C.c., podría significar buena fe en materia de accesión. Ocurre así, en el supuesto de la STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708) que admite la buena fe del obrante fundada en la autorización que para construir se contenía en un título de donación de un terreno. Título que, sin embargo, fue declarado nulo por no haber sido escriturado: «no puede negarse la buena fe del demandante al efectuar la construcción por el hecho de que su padre don Plácido le hiciera donación del terreno sin cumplir los requisitos formales “ad solemnitaten” que se establecen en el artículo 633 C.c., pues la calificación sobre la buena fe podría mantenerse incluso en el supuesto de que tal acto de liberalidad no se hubiera previsto al efectuarse la construcción sobre terreno que estimaba propiedad de su padre y con autorización de éste».

A las diferencias señaladas, se añade, que mientras la mala fe del constructor es compensable con la del propietario del *solum* (artículo 364 C.c.), ello no ocurre en sede posesoria y la reacción del *verus dominus* sirve a lo más para interrumpir la posesión. También, que en la posesión, la buena fe ha de mantenerse a lo largo de todo el proceso posesorio hasta el final, mientras que en sede de accesión, (aunque hay alguna

¹¹³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 24.

¹¹⁴En materia de accesión invertida aún es más claro evitar tal equiparación porque el *error facti* casi siempre consistirá en creer que se construye totalmente en terreno propio, sobre la base en un error de hecho que versará sobre los linderos o confines de las fincas colindantes. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 192.

¹¹⁵También lo niegan SCAEVOLA, op. cit., pág. 309 y ss. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 137 y 138, y MOLL DE ALBA, op. cit., págs. 134, 135 y 136.

¹¹⁶También el artículo 450.4 del Codice de 1865.

¹¹⁷CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 192, 193 y 194.

¹¹⁸SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 151, puntualiza que ha de ser un título que de derecho a la posesión a título de dominio. Este autor considera, constructor de buena fe al que ignora que el suelo en que la edificación se realiza no es de su propiedad o, más exactamente, el que cree que dicho suelo le pertenece. Para él este concepto resulta de la aplicación de los artículos 433 y 1950 C.c., con la puntualización respecto al título antes realizada.

voz discordante¹¹⁹) la doctrina entiende que la observancia de la buena o mala fe del constructor, no ha de operar hasta el último día en el que la obra esté definitivamente finalizada, no sólo por la dificultad probatoria que ello entrañaría (salvo en caso de clara oposición por el *dominus soli*, lo que tampoco garantiza la mutación, como veremos¹²⁰) sino porque lo objetivamente determinante de la accesión, es el momento de la unión inseparable o indivisible de la obra al suelo al que se incorpora (cfr. artículo 334.1º C.c.) y no su terminación. Es más, para la entrada en juego de la usucapión ordinaria, es necesaria la continuidad en la posesión de buena fe, o lo que es lo mismo, la mala fe impediría la usucapión (la ordinaria), sin embargo no la accesión, en cuya virtud el *dominus soli* adquiriría la construcción con la facultad que le confiere el artículo 363 C.c.

Este sector doctrinal señala como diferencia más importante que, la buena fe en materia de accesión es más amplia¹²¹ que la de los artículos 433 y 1950 C.c., exige un plus. Así, en el primero de los preceptos, el error va referido a un vicio que padece el título por el que se posee una cosa y en el artículo 1950 C.c. el error se circunscribe a un vicio en particular, se trata de una “adquisición *a non domino*”. Es muy posible que tales errores concurren en muchos supuestos de accesión, pero la buena o mala fe del obrante exige además cierta honradez, en virtud del artículo 7.1 C.c.¹²². Exige, concretamente, un error que ha de ser excusable, diligente, fundado y razonable. Una diligencia, que consideran¹²³, se puede medir conforme al artículo 1104 C.c. Será, por tanto, una cuestión a resolver *super casum*¹²⁴.

Así, no habrá prudencia, ni diligencia, si el edificante construye con sospecha razonable sobre los linderos de su finca (sobre todo en supuestos de extralimitación), respecto del título por el que construye, en casos de doble inmatriculación, o cuando es sabedor de la discordancia entre realidad, su título, el Catastro y el Registro de la Propiedad; incluso, si hay debate iniciado de carácter privado o un procedimiento judicial incoado, etc. En tales casos, la diligencia exigiría adoptar la medida más oportuna antes de construir (desbloquear la situación de doble inmatriculación, acción de deslinde, declarativa de dominio, etc.).

Desde esta perspectiva, se considera que no es posible presumir sin más la buena

¹¹⁹MOLL DE ALBA, op. cit., págs. 144 y 145, que exige una buena fe continuada.

¹²⁰Vid STS de 14 marzo de 2001 (RJ 2001/5976), afirma que “no basta un mero requerimiento al poseedor para convertirlo en poseedor de mala fe, es necesario pruebas o indicios circunstanciales por lo menos de que no le pertenece el dominio de la cosa, con objeto de poner al requerido en un estado de duda razonable sobre su posición jurídica”.

¹²¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 195. BORSARI, op. cit., pág. 202, que también equipara conversión de la buena fe con oposición del *dominus soli*.

¹²²MOLL DE ALBA, op. cit., pág. 133 y ss, considera que la buena fe en la construcción no puede ceñirse al carácter cognoscitivo de la buena fe posesoria, como creencia de la validez de un título. La buena fe en la construcción en suelo ajeno exige un plus, un elemento adicional de carácter ético y, por tanto, para considerar al constructor de buena fe es necesario que demuestre una determinada conducta o comportamiento.

¹²³CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 196.

¹²⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 196.

fe del artículo 434 C.c.¹²⁵, como presunción legal, lo que no significa que no pueda deducirse la existencia de buena fe sobre la base de ciertos indicios¹²⁶, sin embargo, lo que sí se ha de presumir legalmente es que se ha construido en terreno del *dominus soli*, por su iniciativa, y a su costa (ex artículo 359 C.c.). Presunción que precisamente el constructor deberá destruir probando que la obra es de su autoría y gestión.

Si bien la accesión es procesalmente diversa de la reivindicación, de la acción declarativa de dominio o de deslinde lo que suele ocurrir es que, con carácter previo (con una acción declarativa de dominio, por ejemplo), acumulando acciones, o incluso después de la accesión (con la reivindicatoria) va a tener lugar un pleito (declarativo, de deslinde, reivindicatorio¹²⁷), en el que el constructor inexcusablemente ha de probar que lo hizo conforme al título y demás datos de que disponía antes de construir, probando con ello si su actuación ha sido o no diligente. En este sentido la STS de 12 de abril de 1980 (RJ 1980/1414) para un supuesto de extralimitación declaró que “por requerirse un previo deslinde, excluye la posibilidad de apreciación de mala fe, de hecho y jurídicamente, en el ámbito constructivo en cuestión, dado que esa precisión de deslinde para determinar si se construyó en terreno propio o ajeno revela situación excluyente de mala fe”¹²⁸.

Otro sector doctrinal, y no pocas sentencias del Tribunal Supremo¹²⁹, entienden que la buena fe a la que hace referencia el artículo 361 C.c.¹³⁰ es la buena fe subjetiva

¹²⁵El silencio de nuestro Código contrasta con el artículo 542-10 del C.c.c. que tras definir la buena fe en su primer apartado, en el segundo dice: “La buena fe se presume salvo prueba en contrario y cesa por la mera oposición de los titulares del suelo”. En contraste con tan explícito reconocimiento y clara sintonía con nuestro Código civil, el Codice italiano que ni para la accesión en general (artículos 936 y 937), ni para las obras extralimitadas (artículo 938), contiene presunción de buena fe. Siendo incluso negada por la jurisprudencia y la doctrina a ser distinta la buena fe posesoria de la buena fe en sede de accesión. PARADISO, M., *Il Codice Civile Commentario, L'accessione al suolo artt.934-938*, diretto da Piero Schelesinger, Milano, 1994, pág. 170, considera el concepto de buena fe en sede de accesión más riguroso que en sede posesoria. Añade CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 202 que en nuestro Código civil, no hay una remisión como la que realiza el artículo 1951 C.c. al artículo 434 en materia de usucapión. En sede de accesión sólo hay una remisión, la del artículo 361 C.c. a los artículos 453 y 454 C.c., y una sola presunción, la del artículo 359 C.c. que deberá ser destruida por el constructor.

¹²⁶La Jurisprudencia italiana también viene exigiendo un fundado error sobre la titularidad del suelo o de la facultad de construir, error que debe estar basado en circunstancias objetivas que han de ser probadas, por el tercero constructor. PARADISO, op. cit., págs. 170 y 171, con cita en la nota 56, entre otras las SSCassaz italiano de 12 de diciembre de 1986 (nº 7390), 15 de marzo de 1982 (nº 1688), 4 de marzo de 1971 (nº 539), de 23 de septiembre de 1970 (nº 1692), 22 de noviembre de 1967 (nº 2805), 11 junio de 1971.

¹²⁷HERRERA DE LAS HERAS, R., “El ejercicio de la acción reivindicatoria y las presunciones legales a favor del demandante”, en *Diario La Ley*, Nº 8567, 2015. Son tres los requisitos para que prospere la acción reivindicatoria: 1) Identificación inequívoca del bien reivindicado; 2) que el actor tenga título de dominio y justifique su derecho de propiedad; 3) la posesión injusta del bien reclamado.

¹²⁸También la STS de 10 de julio de 2014 (VLEX-520648990), donde se ejercita por el *dominus soli* una acción declarativa de dominio del solar y de las construcciones realizadas sobre el mismo. Aunque no se suplica conforma a las normas de la accesión sino con base al enriquecimiento injusto sufrido por el dueño del suelo.

¹²⁹Vid. STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3842), en la que se aprecia buena fe en el constructor al no hallarse con exactitud deslindada la parcela sobre la que se construyó un estanque.

¹³⁰Movidos por las conexiones del artículo 361 con las reglas de la posesión.

va¹³¹ que habilita para obtener los frutos¹³², la *bonae fidei possessor* contenida en los artículos 433 y 1959 C.c.¹³³. Desde esta perspectiva MANRESA¹³⁴ considera que para una correcta aplicación del artículo 361 C.c. lo primero a tener en cuenta es cómo se ha de reputar al constructor de buena fe, “para esto hay que atenerse al artículo 433 C.c., según el cual se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide; y además debe tenerse en cuenta el artículo 434 C.c., según el cual la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor, corresponde prueba”, y a reglón seguido añade “por supuesto, todo esto cuando se trate de un poseedor; pero cuando no se trate de esto, habrá que tener presentes las circunstancias del caso, para averiguar si el que edificó sabía que edificaba en suelo ajeno o no”. Parece pues, que la remisión del artículo 361 C.c. a los artículos 453 y 454 C.c., es, únicamente, en cuanto a la consideración de la edificación como mejora, lo que conlleva la liquidación de un estado posesorio, y por tanto, debe extenderse la concepción de la buena o mala fe posesoria, a la edificación, construcción y plantación en terreno ajeno¹³⁵.

Posición secundada por CARRASCO PERERA¹³⁶, y en la que conviene detenernos. Considera este autor que “sólo puede ser constructor en suelo ajeno en el sentido de los arts. 361 y ss. C.c. aquel tercero de quien pueda predicarse la buena o mala fe. Y es evidente que ese tercero es el poseedor del art. 433 C.c., quien posee la cosa ignorando el vicio del título en virtud del cual detenta aquella posesión”, y añade que “la buena fe es, como hemos dicho, la buena fe posesoria. De esta manera, la ilicitud objetiva no se refiere al hecho de construir en suelo ajeno sino al hecho de poseerlo. Es la ignorancia del vicio del derecho a poseer o, correlativamente, la creencia en la justicia de ese derecho. No es buena fe para el art. 361 el que cree sin más que puede construir en el terreno que posee”¹³⁷.

¹³¹En Italia, MONTEL, Voz “Accessione (Diritto civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Mariano D’Amelo, con la collaborazione de Antonio Azara, Torino, 1937, pág. 135. Identifica la buena fe en la ignorancia, no debida a culpa grave, de estar construyendo en suelo propio.

¹³²LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 136.

¹³³Esencialmente relacionada con la posibilidad de que un poseedor, en virtud de su buena fe, adquiera un derecho transmitido por un enajenante que no lo tenía, se excepciona así, la regla *nemo plus iuris transfert quam habet*. MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 135.

¹³⁴MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., “Comentario a los artículos 361 C.c.” *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid, 1904, pág. 189.

¹³⁵Así lo entiende NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 140.

¹³⁶CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 263 y 264.

¹³⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 264 a 272, considera que en la posesión en concepto de dueño, esto es generalmente irrelevante, ya que en tales casos la creencia en la ilicitud del *ius aedificandi* viene motivada previamente en la creencia del carácter legítimo del *ius possidendi*. Pero considera que no se pueden excluir a priori estados posesorios donde el poseedor conozca el carácter que ostenta su posesión pero crea erróneamente que está facultado para construir como es el caso del arrendatario que se cree facultado por el propietario para edificar. Y en consecuencia considera poseedor de buena fe al que disfruta del terreno ajeno por un título que le faculta para poseer; el que sufre un error de hecho o de derecho sobre su autorización para construir; o sufre error sobre la suerte final de lo construido; el condueño que edifica con consentimiento del resto de cotitulares; e incluso quien sabe que posee indebidamente, pero tiene una posesión amparada por las leyes.

Esta concepción de CARRASCO PERERA le lleva a considerar como constructor de buena fe del artículo 361 C.c., en contra de la doctrina mayoritaria¹³⁸, al que edifica creyendo ser arrendatario, sin serlo; al hijo del causante que estima, erróneamente, formar parte de la comunidad hereditaria; al que ha sido contratado, por un *fictus dominus* como administrador de la finca y en ella edifica, al concesionario de obra pública cuyo título de concesión resulta nulo por incompetencia manifiesta de la autoridad concedente, pero no pueden ser considerados constructores de buena fe del artículo 361 C.c. (tampoco de mala fe) el arrendatario, el condueño, el administrador de una finca, el concesionario de obra, etc. . . ¹³⁹.

Desde su punto de vista, el arrendatario que conoce la ajenidad del suelo en el que construye o realiza cualquier mejora, puede ser considerado como de buena fe (*ex* artículo 361 C.c.) si algún vicio, o mácula, presenta su título y él lo desconoce¹⁴⁰. Pero como advierte NAVAS NAVARRO, con tal argumentación se estaría premiando al edificante que se inmiscuye en una esfera ajena lesionando el derecho de propiedad con total conocimiento, pues sabe que el terreno en el que edifica es ajeno, equiparándolo con quien desconoce la ajenidad del *solum*. Y no puede ser, por tanto, aceptable tal argumentación. Por un lado, porque la accesión debe entenderse como un modo de adquirir la propiedad, y no como modo de adquisición de la posesión. Lo contrario sería olvidar que, concretamente el artículo 361C.c. se centra en la adquisición de la propiedad mediante la correspondiente indemnización al edificante “hacer suya la obra, siembra o plantación” y sobre todo, prescindir del enunciado del Título II del Libro II del Código civil, referido a la propiedad y donde se incluye el derecho de accesión como una de sus manifestaciones genuinas y, por tanto, del artículo 361C.c. Por otro lado, porque la normativa acerca de la liquidación del estado posesorio tiene como supuesto de hecho un poseedor vencido y otro vencedor, siendo aquél poseedor en concepto de dueño.

¹³⁸ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 377, nota. 18, califica la postura de CARRASCO PERERA como particularmente oscura y sofisticada, casi ininteligible, pues el *superficies solo cedit* y los artículos 361 y ss. no los concibe como técnica de adquisición, sino como conjunto de acciones que corresponden al propietario frente a un “Eingriff” consistente en un “facere in alieno” edificatorio. Considera ALONSO PÉREZ que está leyendo a IHERING, con su doctrina de la Eingriff en los actos emulativos o a BONFANTE en sus relaciones de vecindad.

¹³⁹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 269.

¹⁴⁰CARRASCO PERERA, op. cit. pág. 268, justifica su toma de postura del siguiente modo: «El límite de abono por las mejoras a ciertos poseedores “justos” no proviene directamente del conocimiento que estos tiene de la ajenidad del terreno, sino del carácter interino de su título como arrendatario o usufructuario. El Ordenamiento dice: todo lo que se haga en virtud de un título no será indemnizado o lo será hasta un límite, porque el titular conoce la temporalidad de su título y compensa el hecho de no ser abonado con las ventajas que le concede el saber que durante el tiempo de la posesión no será inquietado y que podrá aprovechar las ventajas y rendimientos de la finca poseída. Al existir un *terminus*, el Ordenamiento supone que este titular ha calculado en el tiempo los gastos de inversión de capital y su amortización por las ventajas del tiempo de su posesión si no lo ha hecho es por su “imprevisión, incuria o error”. . . Sin embargo, “el que posee como arrendatario por derivar su título de un *fictus dominus* puede ver frustrado el cálculo económico de la rentabilidad de una inversión por la eventualidad de una acción recuperatoria del *verus dominus* antes del tiempo que aquél suponía como término de su derecho”.

Una tercera postura doctrinal ha señalado que la buena fe en sede de accesión puede, en algunos casos, corresponderse con determinadas formas de autorización por parte del propietario del suelo. Así, se reputaría constructor de buena fe, a aquél que realiza obras toleradas o autorizadas por el *dominus soli*, siempre que las mismas no sean susceptibles de ser comprendidas en el contenido más amplio de una concreta relación contractual¹⁴¹.

Según esta interpretación, la buena fe no es una errónea creencia nacida de un error excusable sobre el dominio del suelo, o el alcance del título que el constructor ostente, sino el hecho de que el constructor¹⁴² cuenta con la avenencia o permiso para edificar del propietario del *solum*, que ha podido ser exteriorizado de modo expreso o tácito, entendido esto último, como falta de oposición a la obra.

Hay, al menos, dos supuestos en los que aun sabiéndose conocedor de la ajenez del terreno sobre el que se construye o de que no se tiene actual título de dominio, ni siquiera para edificar, la construcción puede estimarse realizada de buena fe a los efectos de la accesión:

1. El precarista, es el supuesto más frecuente, cuando construye con la tolerancia o beneplácito del *dominus soli*. Se suele entender por doctrina y jurisprudencia que aquél actuaría de mala fe, porque sabe que no es dueño y que carece de título legítimo y bastante para edificar, sin embargo, lleva a cabo la actividad constructiva porque lo hace con la aquiescencia (precario o vínculo *iure familiaritatis*)¹⁴³ del propietario del suelo, esto es, “a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse”, compensándose la mala fe del *dominus*, en materia de accesión, con la del edificante, para entender, a los solos efectos de la accesión, que ambos actuaron de buena fe¹⁴⁴. Entiendo que realmente de lo que se trata es que la concreta relación contractual existente entre las partes por razones de mera tolerancia, de amistad o familiaridad se encuentra sin integrar. Y cuando esa relación torna a conflictiva, y ante la dificultad de determinar los concretos derechos de las partes respecto a la construcción y al *solum*, se recurre al principio *superficies solo cedit*, por razones de equidad y justicia, resolviendo el conflicto a favor del propietario del suelo, como si la edificación se hubiere realizado de buena fe.
2. Un segundo supuesto sería el de quien construye sobre suelo ajeno con la expectativa de adquirirlo, fundada en una promesa de venta o de donación, o en una

¹⁴¹MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 136.

¹⁴²Colige con la figura francesa del “détenteur” que se diferencia del “possesseur” porque éste ostenta un poder de hecho sobre una cosa (corpus) con la intención de ejercitar un derecho real (animus), por el contrario el “détenteur”, implica poder sobre un bien con total conocimiento de la titularidad por otra persona.

¹⁴³En el derecho romano, la noción de tolerancia era más restringida que en la actualidad, se basaba en una estricta relación de familiaridad (D. 41, 2, 41, de Paulo).

¹⁴⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., 152, tilda esta doctrina como “no muy justificada ni fácilmente justificable”

adjudicación pública¹⁴⁵. Aquí doctrina y jurisprudencia conciben la buena fe del constructor de modo análogo a la del precarista, ya que el constructor, sabedor de que aún no es dueño del terreno y, por tanto, de que aún no tiene derecho, ni título válido para construir, vería compensada su mala fe con la del *dominus soli* que tolera la obra, pues frente a la expectativa de aquél, que es de adquisición, nos encontraríamos su obligación de transmisión¹⁴⁶. Sin embargo, y de modo análogo al supuesto anterior, entendemos que no se trata de una compensación de culpas sino que la concreta relación jurídica existente entre las partes en conflicto está sin integrar y ante la gran dificultad que en la mayoría de casos supone precisar los concretos derechos de las partes enfrentadas, se recurre para solucionar el conflicto de intereses generado al principio *superficies solo cedit*, a la aplicación de las reglas de la construcción en terreno ajeno ejecutada de buena fe.

A. Doctrina jurisprudencial sobre la buena fe edificatoria

Respecto a la concepción de la buena fe que han seguido nuestros Tribunales, podemos anticipar que tanto el Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor han acogido las diferentes acepciones de buena fe en materia de accesión. Así, han concebido como constructor de buena fe:

1. Al constructor que ignoraba que tenía un título posesorio viciado, siempre que el mismo le legitimara para poseer.
2. Al que ignora que carece de título posesorio (título putativo).
3. Al que, sin tener derecho a poseer el terreno y con plena consciencia de que otro es el propietario del terreno, cree, con o sin error por su parte, que está autorizado para edificar en el mismo (sin vinculación contractual con el *dominus soli*)¹⁴⁷.

¹⁴⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 199. También MOLL DE ALBA, op. cit., pág. 137. Que entiende que la jurisprudencia ha venido aplicando este criterio “a fortiori”

¹⁴⁶PARADISO, op. cit., pág. 166, considera también tercero de buena fe al promitente adquirente que haya obtenido la entrega anticipada del fundo. Por el contrario, MONTEL, op. cit., pág. 137 y 138, es crítico con tal postura y considera que, buena fe es ignorar que se invade suelo ajeno, no la convicción de ocuparlo, sabiendo su ajenidad, con el consentimiento tácito del dueño o la expectativa de adquirirlo.

¹⁴⁷RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3891. Que tras analizar en su estudio jurisprudencial las distintas concepciones que ha observado el Tribunal Supremo de la buena fe en sede de accesión, concluyen que “son partidarios de que el error no sea siempre un presupuesto esencial y necesario de todos los posibles casos de buena fe en la accesión, de modo que la buena fe a efectos de accesión no es equiparable a la buena fe a efectos de posesión o de liquidación de los estados posesorios (art. 451 y ss CC). Por tanto, no habría una remisión del artículo 361 del Código civil al artículo 433 del Código civil, sobre buena fe en la posesión, aunque sí lógicamente en cuanto a la presunción de buena fe del artículo 434 C.c. Es más, del examen de la jurisprudencia, cabe concluir que tampoco se rompe tal presunción de buena fe por el hecho de que haya habido pacto o autorización para construir por parte del *dominus soli*”.

Concretamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8712)¹⁴⁸, resuelve un supuesto de hecho en el que concurren todas las significaciones de la buena fe a que hemos hecho referencia. Es el caso planteado por la princesa Ashraf Pahlaví, (hermana melliza del último Sha de Persia), la cual ejercita acción reivindicatoria al creerse propietaria de una finca sobre la que ha construido cuando su título ha decaído en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 LH, ya que en procedimiento ejecutivo previo contra el vendedor (que a efectos registrales constaba aún como propietario), se acuerda trabar embargo sobre la finca (incluida la construcción), que es subastada conforme a descripción registral al no constar inscrita la obra nueva. La sociedad adjudicataria, declara la obra nueva como propia (por accesión) y procede a la venta de finca más construcción a otra sociedad. El Tribunal Supremo estima solamente en parte la pretensión de la actora, y condena al pago del valor de la obra a la primera sociedad (adjudicataria en la subasta) porque no pagó el valor de la construcción enriqueciéndose injustamente con el correlativo empobrecimiento de la princesa, y desestima tal pretensión frente a la última sociedad adquirente, porque había adquirido de buena fe, de quien aparece como propietario en el Registro de la Propiedad y pagado el total del valor por finca, incluida la edificación.

Respecto a la buena fe, dice esta sentencia: “que así como la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 C.c.) y en materia de contratación (art. 1258 C.c.) aparece configurada por el legislador en el Código civil con la generalidad propia de un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta... la buena fe en posesión aparece, en cambio, más definida, precisada y pormenorizada en nuestro Código (arts. 433, 435, 1950...) funcionando dicha buena fe posesoria como hecho generador de determinados y concretos derechos, como la atribución de frutos (art. 451), el abono de los gastos necesarios y los útiles con el derecho de retención (art. 453), el de los de lujo y recreo con el *ius tollendi* (art. 454)... o como los artículos relativos a la accesión de

¹⁴⁸La princesa Ashraf Pahlaví, (hermana melliza del último Sha de Persia), compra terreno mediante documento privado, de quien aparece como propietario del mismo en el Registro de la Propiedad, y construye un chalet. La Princesa Ashraf presentó demanda en la que afirmaba los siguientes hechos: mediante escritura de segregación y compraventa de fecha 11 de mayo de 1986, Cortijo Blanco, S. A., se declaró propietaria de la finca que en dicho escrito se denomina la finca matriz, o sea, la parcela de terreno seco procedente de la finca llamada Colonia de San Pedro de Alcántara, en el término municipal de Marbella, Cortijo Blanco, S. A., segregó la finca matriz en dos parcelas, una que se denominará Finca de la Princesa Ashraf y otra que se denominará finca de la Princesa Scharnaf. La actora de buena fe tenía el convencimiento que era dueña de la parcela vendida y que podía transmitir la propiedad. La actora tomó posesión de la finca en el momento de la compraventa realizando obras por su cuenta y cargo construyendo un chalet. Por razones que se ignoran no se inscribió la finca en el Registro figurando a nombre de la sociedad vendedora Cortijo Blanco, S. A. En el procedimiento seguido ante el Juzgado de igual clase de Barcelona, número 8, a instancia de «Fotocolor Valman, S. A.» contra Cortijo Blanco, S. A., se embargó como de la propiedad de El Cortijo Blanco la parcela propiedad de la actora, estimando solamente el solar y no las edificaciones en él existentes y fue adjudicada en tercera subasta, a don Juan Pedro A. F. que cedió el remate a «Fondo Inmobiliario Europeo, S. A.», representada por su administrador único, el citado Sr. A. En el momento de tomar posesión de la finca, 2 de mayo de 1979 «Fondo Inmobiliario Europeo, S. A.», se entera que la finca por ella adquirida es propiedad de la actora y es cuando, el 8 de mayo de 1979 ante el Notario de Barcelona don José S. L., el Sr. A., como administrador, otorga escritura de declaración de obra nueva, haciendo suya la misma por accesión.

inmuebles contenidos en el Código civil (arts. 358 y siguientes) permiten atribuir al que edifica, siembra o planta de buena fe en terreno ajeno el derecho a ser compensado (art. 361 y concordantes), por lo que con mayor razón habrá de reconocer tal derecho a quien construye convencida de ser propietaria aunque lo sea en virtud de título que ha decaído en aras de la seguridad jurídica sancionadora y proporcionada por el fundamental art. 34 L.H. al tercero de buena fe”. En este supuesto el Tribunal Supremo se decanta por la buena fe posesoria.

También acoge esta primera vía de entendimiento de la buena fe del artículo 361 C.c. como buena fe posesoria, entendida como convencimiento o creencia subjetiva de que se tiene un derecho o título idóneo para edificar¹⁴⁹, la STS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715) que resuelve un supuesto en el que se ejercita acción declarativa de dominio por las herederas de la causante (anterior propietaria de la finca), contra quien, por concesión graciosa de la finada, la había disfrutado como propia y realizado edificación. El Tribunal Supremo tras poner de manifiesto que el “consentimiento de la propietaria no trae consigo la adquisición del suelo por el constructor, ni tampoco atribuye a éste la propiedad de lo construido separadamente del suelo, sino que el propietario del suelo quien adquiere el dominio de lo construido, conforme al principio «superficie solo cedit»”, estima la pretensión de la actora y declara aplicable el artículo 361 C.c. al considerar de buena fe al constructor en los términos siguientes: «Que acto de edificar en terreno ajeno puede revertir las siguientes modalidades: a) con plena conciencia por parte del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización, si este no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor, siguiendo, por tanto el principio “superficie solo cedit” (arts. 362 y 363 del C.c.); b) en la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho y en este específico caso también el dueño del solar tiene la facultad jurídica de hacer suya la obra, pero con la indemnización al constructor de ésta decide a favor del poseedor de buena fe vencido en juicio, si no prefiere obligarle a pagar el precio de la finca ocupada (art. 361 relacionado con el 453 y 454 del propio Cuerpo Legal, Sentencia 17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728))».

En idéntico sentido, la STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126), en la que ejercitada acción declarativa de dominio y reivindicatoria de lo edificado por los demandados, en terreno de la comunidad de propietarios actora. Demanda frente a la que los demandados esgrimen la doctrina de la accesión invertida y suplican, en aplicación de la misma, la venta del solar ajeno sobre el que han construido. Finalmente el Tribunal Supremo acoge las pretensiones de la actora declarando su propiedad sobre el terreno invadido y lo sobre él construido, con base en el artículo 362 C.c., al considerar que en el edificante no concurre buena fe entendida como “creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir”.

En sentido contrario, e integradora de una segunda vía de concebir la buena fe,

¹⁴⁹ Así, la STS de 7 de junio de 1971 habla de “la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho”. Extraída del estudio jurisprudencial de RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3892.

basada en la mera autorización o concesión graciosa del *verus dominus*, encontramos la Sentencia de 17 de junio de 1985 (RJ 1985/3107), que rechaza la aplicación del concepto de buena fe posesoria y resuelve un caso de construcción realizada en virtud de autorización o concesión administrativa en terrenos propiedad del Estado. Respecto a la buena fe del artículo 361 C.c. sostiene: "...y del significado del artículo 361, donde no se valora la clase de posesión, índice de citar o de tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe como simple estado de conocimiento, característico de los derechos reales (ignorancia o creencia de los artículos 433 y 1950 del Código) aplicado en los artículos 453 y 454, no obstante la remisión que a ellos hace el 361, pues se refiere solamente a uno de los supuestos de la opción y se reduce a la forma de determinar la indemnización, no al trasplante íntegro de los conceptos que aquellos contienen".

Este mismo concepto de buena fe lo encontramos en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales¹⁵⁰, donde el constructor edifica con el beneplácito *iure familiaritatis* (entendido en sentido amplio), del dueño del suelo invadido. Así, la STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898), que resuelve un supuesto en el que se ejercita acción declarativa de dominio, fundada en la existencia de un contrato verbal de compraventa con base al cual, el actor-edificante (hijo de la demandada) ejecuta obras de gran envergadura en la casa propiedad de su madre con la que convive. El Tribunal Supremo rechaza que sea propietario el edificante y aduce que se trata de actos meramente consentidos por el *verus dominus* y resuelve en el sentido de declarar al dueño del terreno propietario de lo edificado por el demandado en la finca. También, la STS de 18 de abril de 1986 (1986/1858), en la que varias personas en régimen de comunidad realizan obra consistente en una nave industrial, sobre terreno perteneciente a la esposa de uno de los socios y con autorización de la propietaria. Resulta, también de interés la SAP de Madrid de 4 de septiembre de 2006 (VLEX-26222462), que da respuesta a un supuesto en el que los actores solicitan declaración de dominio respecto de una primera planta elevada por los demandados (hijos de los propietarios) aprovechando el disfrute de la finca en virtud de un contrato de comodato. La Audiencia considera a los comodatarios "constructores de buena fe" porque "esta existe —refiriéndose a la buena fe— cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno (que es el caso) presente". Y en idéntico sentido las SSAP de Baleares de 9 de junio de 2005 (JUR 2005/166175), de Guipúzcoa de 10 de febrero de 2006 (2006/168540), de Madrid de 6 de marzo de 2007 (173705), referidas, todas ellas, a casos de construcción por esposo/a en solar o vivienda propiedad de los suegros los cuales ejercitan acción declarativa de dominio y posterior reivindicación de su propiedad con las construcciones en ellas realizadas. Doctrina jurisprudencial que desde un sector doctrinal¹⁵¹ se entiende no muy justificada, ni fácilmente justificable,

¹⁵⁰Rechaza esta concepción de buena fe, la SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2013 (JUR 2013/40469), relativa a un supuesto de construcción por precarista, frente a los que se ejercita acción de desahucio por los propietarios. Acción que es estimada, considerándolos propietarios de lo edificado sin contraprestación, al ser concebidos los precaristas como constructores de mala fe.

¹⁵¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 152. También rechaza este concepto de buena fe, basado en concesiones o en la autorización del *dominus soli* por razones de familiaridad. LACRUZ BERDEJO, op. cit.,

ya que el edificante actúa con total conocimiento de la ajenidad de la finca. Circunstancia, que el Tribunal Supremo suele compensar con la autorización expresa o tácita o la falta de oposición del *dominus soli*, considerada “mala fe encaminada a conseguir un enriquecimiento injusto”, con aplicación del artículo 361 C.c., pero no de un modo directo, sino por la técnica de la compensación vía artículo 364 C.c. (Vid. STS 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721)).

En tercer lugar, encontramos sentencias que hacen descansar el concepto de buena fe, no sólo y estrictamente en el concepto de buena fe posesoria, sino que exigen ese “algo más” al que hemos hecho referencia. Así, se concibe la buena fe como una errónea creencia sobre el dominio del suelo o sobre el alcance del título que el constructor ostenta. Creencia nacida de un error excusable, diligente, fundado y razonable.

Así, por ejemplo, la STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708)¹⁵² admite la buena fe del constructor en un caso de error de derecho por parte del edificante sobre la existencia de su título “no puede negarse la buena fe del demandante al efectuar la construcción por el hecho de que su padre... le hiciera la donación del terreno sin cumplir los requisitos formales *ad solemnitatem* que se establecen en el artículo 633 del Código...”¹⁵³. Las STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261), considera de buena fe al constructor que compró de quien era dueño registral, aunque luego hubiese un problema de doble inmatriculación. Y en el mismo sentido pero para el caso opuesto, la STS de 23 de febrero de 1988 (RJ 1988/1277) no aprecia buena fe en el constructor porque “sobradamente sabía que el terreno que iba a ocupar era ajeno y que se alteraba esa división y ese conocimiento lo confirma su proceder al recabar antes de las obras el consentimiento de los demás condueños como reconoce en la demanda”. Tampoco se aprecia buena fe cuando el constructor conoce la discordancia existente entre la realidad física, el título, el Registro de la Propiedad y el Catastro. Es el caso de la STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 1993 (RJ 1993/10179), que no entiende que haya buena fe del constructor porque ya antes de comprar el solar donde luego construiría existía una anotación preventiva de demanda, previa incluso a la compra y al inicio de la construcción, constando notificada la misma al comprador-constructor. En idéntico sentido, la STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171)¹⁵⁴.

pág. 136. Para este autor, buena fe del constructor es la que se exige para adquirir los frutos: basta, pues, que en el momento de ejecutar los trabajos crea que es propietario del terreno (o superficiario, o titular de cualquier otro derecho que le comunique la propiedad de lo edificado, no una simple autorización que le confiera un derecho a edificar sin sanciones, y ello aunque el título sea simplemente aparente.

¹⁵²La STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708), va referida a un supuesto de construcción por el actor de una nave sobre una finca adquirida por donación verbal por su padre, que a su vez la había recibido también por donación de su madre. Donación esta última declarada nula por sentencia. La Audiencia aplica el artículo 361 C.c. pero los recurrentes entienden normativa aplicable el artículo 1303 en relación con el 633 del mismo Código. Finalmente el Tribunal Supremo desestima los recursos interpuestos y opta por el recurso a las normas de la accesión para su solución, concretamente al artículo 361 C.c.

¹⁵³En su considerando 5º, de la referida Sentencia, el Tribunal Supremo sigue defendiendo la buena fe independientemente del hecho de que su padre le hiciera donación porque contaba con la expresa autorización de su padre, propietario del terreno donde edificó.

¹⁵⁴La STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171), resuelve un supuesto de obra invasora, donde

Más discutibles nos parecen otras sentencias, donde en lugar de exigir tal diligencia, ese error excusable, diligente, fundado y razonable al que venimos aludiendo, ante la duda, presumen la buena fe. Es el caso de la STS de 15 de junio de 2004¹⁵⁵, que declaró la buena fe en un supuesto de construcción de un estanque cuando los dos litigantes discutían sobre la titularidad de los terrenos, “porque fue levantado con anterioridad al procedimiento de deslinde, es decir, cuando las fincas no habían sido objeto de delimitación judicial, y ambos litigantes consideraban ser propietarios”. También, las SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 2003 (JUR 2003/115526) y de 2 de noviembre de 2004 (JUR 2005/22855), que fundan la buena fe en sendos supuestos de discordancia entre realidad registral y extrarregistral, concretamente la segunda manifiesta que, “en lo que se refiere a la buena fe de la demandada, la falta de concordancia entre la superficie escriturada que figura en el Registro, con la que consta en el Catastro, y de ambas con la que figura en el Área de Urbanismo del Ayuntamiento portuense y, finalmente, con la efectivamente existente, según los informes periciales aportados a los autos, demuestran que la cabida del solar en que se proyectaba la construcción de la edificación era realmente desconocida tanto para la demandada como para el arquitecto proyectista de la obra, ninguno de los cuales conoció de antemano que se invadiría la propiedad de los actores por el muro de contención, respecto de lo cual el arquitecto declaró desconocer el lindero Oeste. . .”

4.2.3.3. El estado gnoseológico del *dominus soli*

A. Irrelevancia de la buena o mala fe del propietario del suelo ex artículo 361 C.c.

De la dicción del artículo 361 C.c. se advierte, a primera vista, que no alude a la buena o mala fe del dueño del suelo. Tampoco la define el Código civil catalán¹⁵⁶, a diferencia de lo que sucede con la buena fe del constructor¹⁵⁷, sino que, directamente,

el TS no aprecia la buena fe con base al siguiente argumento: “no puede afirmarse la existencia de buena fe en quien eludiendo acudir a los cauces procesales, para proceder al deslinde, ante la falta de acuerdo, procede de forma unilateral a deslindar las fincas mediante ese cerramiento de hormigón”.

¹⁵⁵La STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3842) da respuesta a un supuesto en el que el propietario de una finca construye un estanque excediéndose de sus linderos. El propietario invadido ejercita acción declarativa de dominio del terreno en el que se encuentra construido el estanque, y suplica se considere al edificante como de mala fe. Extremo que rechaza el Tribunal Supremo cuando manifiesta “en forma alguna quedó demostrado que concurriera mala fe, ya que resulta hecho notorio que el estanque fue levantado con anterioridad al procedimiento de menor cuantía de deslinde, es decir, cuando las fincas no habían sido objeto de delimitación judicial, y ambos litigantes se consideraban ser los propietarios del bien disputado, (artículo 1950 y 7 C.c.), por lo que la sentencia del Juzgado con toda corrección no aplicó el artículo 362, sino el 361 (edificación de buena fe), en loable sentido de justicia”.

¹⁵⁶A diferencia del artículo 11.4 de la Ley de 2001 sobre accesión, que guardaba silencio sobre el concepto de buena fe del *dominus soli*, y sí definía la mala fe de un modo similar al artículo 364 del Código civil: “Se presume la mala fe de la persona propietaria del suelo en caso de haber actuado a la vista de la misma y que haya tenido conocimiento de ello y no se haya opuesto”.

¹⁵⁷El artículo 542-10, establece: “La buena fe de quien planta, cultiva o construye en suelo ajeno consiste en la creencia razonable que tiene título para hacerlo. 2. La buena fe se presume salvo prueba en contrario y cesa por la mera oposición de los titulares del suelo”.

para el caso de construcción en suelo ajeno con valor superior del suelo, con buena fe en el constructor¹⁵⁸, concede al propietario del suelo la facultad de optar por las soluciones que establece el artículo 542-7 C.c.c.¹⁵⁹ De lo que podría deducirse que, “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” e, independientemente de la buena o mala fe del *dominus soli*¹⁶⁰, éste se hará dueño de lo incorporado por el constructor de buena fe. Sólo en el caso de concurrir en ambos la mala fe, el Código tendrá en cuenta la del *dominus soli* para compensarla con la del incorporante (artículo 364 C.c.).

Será esta la postura secundada por un nutrido sector doctrinal¹⁶¹, para los cuales, el estado gnoseológico del *dominus soli* es irrelevante¹⁶² a los efectos adquisitivos jurídico-reales en el marco del artículo 361 C.c., que únicamente tiene en cuenta la buena fe del edificante. Destacan que no ocurrirá lo mismo y el tratamiento será diferente, en materia de mala fe de ambos, ya que en tal caso, el Código permite compensar

¹⁵⁸PEÑASCO VELASCO, R., *De la accesión codificada del siglo XIX, a la accesión invertida del nuevo milenio y su relación con el principio de buena fe en la edificación*, Alicante, 2009, pág. 83, tilda de sorprendente y rocambolesco el hecho de que pudiera darse el caso del propietario de un suelo que, impasible, ve cómo un tercero de buena fe está edificando sobre dicho suelo, pero prefiere callar para que una vez finalizada la construcción, pueda optar, bien poder hacer suya la totalidad de la edificación o bien obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadido y, caso de no poder dividirse, adquirir todo el solar. Entiende que si es posible destruir la presunción de la buena fe del dueño del suelo, tal supuesto podría atajarse alegando su contradicción con el genérico principio de buena fe del artículo 111-7 C.c.c. que dispone: “En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos”. De interés también, PEÑASCO VELASCO, R., “El fenómeno de la construcción referido a la figura de la accesión inmobiliaria, en el Libro V del Código civil de Cataluña”, *Diario La Ley*, Nº 7271, Sección Doctrina, 28 oct. 2009, Madrid, 2009.

¹⁵⁹Artículo 542-7 C.c.c. dispone “Construcción en suelo ajeno con valor superior del suelo. 1. El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: a) Hacer suya la totalidad de la edificación y de la parte de suelo ajeno pagando los gastos efectuados en la construcción y el valor del suelo ajeno. B) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar. 2. La facultad de opción que el apartado 1 otorga a los propietarios del suelo caduca a los tres años de haber finalizado la obra. Una vez transcurrido este plazo sin que los propietarios la hayan ejercido, los constructores solo pueden ser obligados a aceptar la opción a que se refiere la letra b”.

¹⁶⁰Habla de presunción de buena fe del *dominus soli*, PEÑASCO VELASCO, R., “El exacerbado valor concedido a la tierra desde el derecho romano hasta el Código civil y la consecuente, y prácticamente indestructible, presunción de buena fe del dueño del suelo”, *Revista de estudios superiores a distancia*, Nº 28, 2009, pág. 7 y ss.

¹⁶¹SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 151; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 169 y 170, considera que el *dominus soli* seguirá teniendo la opción en los términos establecidos por el artículo 361 C.c., aunque entiende justo que si el *dominus soli* opta por la indemnización, tenga que pagar por la totalidad de los gastos hechos por el edificante de buena fe, aun siendo mayores que el aumento de valor obtenido por el inmueble por la construcción. Además, el propietario con independencia de la opción debe indemnizar como sanción a su actuación dolosa o culpable (artículo 1902 del Código civil); GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 185; Díez PICAZO, op. cit., pág. 301, manifiesta que frente al constructor de buena fe, la buena o mala fe del dueño del suelo resulta indiferente, aunque entiende que “la cosa no enteramente justa”, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 182 a 189; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 137; CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 327 a 329; MOLL DE ALBA, op. cit., págs. 141 y 142

¹⁶²DORAL GARCÍA, J.A., Y TORRES LANA, J.A., “El *ius aedificandi* y el principio de accesión”, *RGLJ*, T. LXXXIII, págs. 27 y ss., Editorial Reus, 1981, pág. 34.

la mala fe del constructor con la mala fe del propietario del suelo: “el dolo del uno se compensa con el dolo del otro; ninguno de los dos puede echárselo en cara”, decía GARCÍA GOYENA¹⁶³, dándose a tal supuesto idéntica solución a la dispensada para el caso de edificación en suelo ajeno con materiales propios de buena fe (artículo 361 C.c.).

Otro sector doctrinal¹⁶⁴, por el contrario, se ha planteado ¿si resulta justo ante la buena fe del incorporante, que el dueño del suelo pueda adquirir lo edificado o plantado, si así le place, cuando se ha limitado prácticamente a *cazar al incauto*, al que ha empleado trabajo y materiales, ha invertido, construyendo vivienda familiar o para arrendar o vender, se ha arriesgado, ha hecho algo socialmente útil?¹⁶⁵

Estos autores¹⁶⁶ consideran que habría que entender, aunque el Código civil no lo diga expresamente, que el artículo 361 C.c. presupone la buena fe del *dominus soli* por su contraste con el artículo 364 del Código civil, referido a la concurrencia de mala fe en ambas partes, porque al compensarla como si ambos actuaran de buena fe y remitirse al artículo 361 C.c. es, precisamente, porque éste presupone y exige la buena fe en ambos sujetos. Y proponen para cuando el constructor sea de buena fe y de mala fe el *dominus soli* distintas soluciones:

1ª ALBALADEJO¹⁶⁷, sostiene que el dueño del suelo *pierda éste, o por lo menos, adquiera el incorporante el derecho a usarlo sin abonar nada por él, mientras subsista la edificación, o la plantación o recoja la cosecha de lo sembrado*. Y concluye que se acepte o no tal solución, los perjuicios ocasionados al dueño de los materiales que los incorporó en terreno ajeno, habrán de ser resarcidos a tenor del artículo 1902 del Código civil.

2ª Siguiendo a MANRESA¹⁶⁸, la mayoría de autores que secundan esta posición, con-

¹⁶³GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 19.

¹⁶⁴El antecedente a tal postura lo encontramos en las palabras de ESCRICHE, en su voz *Accesión industrial*: «Si el dueño del terreno vio hacer obra ó tuvo noticia de ella y no la contradijo, no podrá después excusarse del pago de su importe oponiendo mala fe del constructor, pues él también la tuvo mala por haber callado cuando debía clamar...; y aun en semejante caso será tal vez más justo que el dominio de la obra quede a favor del que la hizo, porque si se presume que el que edificó en terreno ajeno con conocimiento de que lo era quiso dar los materiales y los trabajos, hay igual razón para presumir que el dueño del suelo que vio levantar la obra y la dejó perfeccionar sin reclamarla, quiso ceder y renunciar, si no el terreno, cuando menos el derecho al edificio, “quia tacuit cum clamare debuit”», citado por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 186, nota. 53.

¹⁶⁵GARRIDO DE PALMA, V.M., “¿*Superficies solo cedit*?”, *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Coordinado por Victor M. Garrido de Palma, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 164.

¹⁶⁶MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 203, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 367 y ss., GARRIDO DE PALMA, op. cit., págs. 164 y 165. LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., “Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante”, *La Ley*, 1994-1º, págs. 968, 969 y 972.

¹⁶⁷ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 296.

¹⁶⁸MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 203, considera que el Código comprende la totalidad de las hipótesis del cuadro ético, y manifiesta que no se hace mención a la hipótesis relativa a la mala fe en el propietario del suelo y buena fe en el constructor, es porque está comprendida en el artículo 360 C.c., que es precepto perfectamente aplicable al caso.

sideran aplicable el artículo 360 C.c., con pago por el propietario del suelo del valor de los materiales y de una indemnización por su mala fe, entendiéndose que ha actuado “por otro”, como dice el referido artículo.

- 3^a GARRIDO DE PALMA¹⁶⁹, considera que la solución justa al caso, no ofrece ninguna duda: no debe aplicarse el principio *superficies solo cedit*, sino el contrario, el suelo debe ceder al vuelo¹⁷⁰, y ello sin abonar nada al dueño del suelo de mala fe, es más, considera que incluso podría exigirse al *dominus soli* indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 1902 C.c. Considera deleznable la mala fe y afirma que, por muy rígido que el Código se muestre en materia de accesión y por inflexible que sea la regla del artículo 358 C.c., no puede permitirse nunca que la mala fe triunfe ni sobre la buena fe (principio general de nuestro Ordenamiento jurídico y proclamado incansablemente por el Tribunal Supremo) ni sobre el principio del trabajo, que aunque se encuentre prácticamente olvidado en los Códigos latinos, no puede menos que prevalecer en el supuesto que nos ocupa. Lo contrario, aplicar el artículo 361 del Código “a rajatabla, sería a todas luces injusto”.

Matiza esta última postura CUSI ESCOFET¹⁷¹, que también defiende la aplicación invertida del artículo 361 C.c., y considera que debe ser el edificante el que opte y tome la decisión de vender la edificación al propietario del terreno de mala fe, u obligarle a que le venda el suelo ocupado por la obra. Idea que en su día fue apoyada por el legislador catalán, en concreto, el artículo 11.3 de la Ley catalana de Accesión y Ocupación de 2001, decía; “la persona que ha construido total o parcialmente en suelo ajeno de buena fe, si la persona titular de la propiedad del suelo ha actuado de mala fe, tiene derecho a adquirir el suelo construido mediante el abono del valor de éste y ha de ser indemnizada de los daños y perjuicios que le corresponden”. Norma duramente criticada¹⁷² y rechazada, que no ha tenido cobijo en el vigente Código civil catalán, que como el español, sólo contempla la mala fe del propietario del suelo para compensarla con la mala fe del edificante en su artículo 542-10.

¹⁶⁹GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 164. También CUSI ESCOFET, W., “Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a STS de 30 de mayo de 1969”, en *RJC*, 1970, págs. 323-338. Y en parte ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 367.

¹⁷⁰GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 164, concibe tal supuesto como un caso de accesión invertida.

¹⁷¹CUSI ESCOFET, op. cit., págs. 337 y 338.

¹⁷²MOLLDE ALBA LACUVE, CH., “L’accessió immobiliària a la nova Llei 25/2001, de 31 de desembre”, *La Notarà*, 2002, págs. 47 a 53. (VLEX), considera que la LAO, castigaba al propietario de mala fe en dos aspectos. Por un lado, le priva de la posibilidad de adquirir la construcción pagando el coste de ésta (opción que sí ofrecía el artículo 7 para el caso de construcción de buena fe) y le obliga a ceder forzosamente el terreno. Por otro lado, el artículo 11.3 indica que el constructor puede adquirir el suelo pagando su “valor”, mientras que el artículo 7 habla de pagar un “precio pactado por ambas partes” o, en caso de falta de acuerdo, el precio fijado por un perito. Finalmente, el propietario de mala fe debe pagar una indemnización de daños y perjuicios al constructor. Considera que el fundamento de todas estas sanciones sería la falta de diligencia del propietario del terreno que no ha defendido su propiedad y no ha reaccionado contra el proceso de construcción. Para la autora esta disposición es sorprendente pues en realidad, es el constructor, aun actuando de buena fe, el que ha realizado un acto ilícito y por tanto debería ser él, quien pagase indemnización al *dominus soli*.

Son varias las objeciones que se pueden realizar a tales posturas:

En primer lugar, no compartimos el modo de entender esa equivalencia o paridad aplicativa entre el artículo 360 y 361 C.c. mantenida, entre otros, por MANRESA. Nos encontramos ante supuestos totalmente distintos, esto es, cuando el artículo 360 utiliza la expresión “por sí o por otro”¹⁷³ lo hace para significar que es el propio *dominus soli* quien tiene la voluntad explícita y positiva de que se construya en suelo propio, toma la decisión y realiza el gasto o inversión¹⁷⁴, esto es, ya actúe por sí o a través de otro, siempre lo hará “nomine proprio”. No es suficiente su aquiescencia a que otro obre en su suelo sin oponerse porque ésta sería la mala fe del artículo 364 C.c. y no la del artículo 360 C.c., referida al conocimiento de la ajenidad de los materiales y nos llevaría, por tanto, a soluciones totalmente diferentes.

En segundo lugar, no hay que limitarse a confrontar solamente el artículo 361 con el artículo 364 C.c., como hace éste sector doctrinal crítico, sino también el artículo 364 con los artículos 362 y 363 C.c. que se refieren al constructor de mala fe y presuponen, ahora sí, la buena fe del *dominus soli*, pues de haber sido éste también de mala fe sería de aplicación el 361 C.c. por compensación ex artículo 364 C.c. Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA¹⁷⁵ éste es el verdadero sentido, la razón por la que nuestro legislador ubica el artículo 364 C.c. tras los artículos 361 a 363, y no lo hace inmediatamente después del 361, la de compensar o anular, a los solos efectos de la accesión, la mala fe del edificante.

En tercer lugar, este sector crítico parece concebir la mala fe del *dominus soli* como dolo, como cierta maldad, “mala fe encaminada a conseguir un enriquecimiento injusto” (STS 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721), cuando como hemos podido comprobar, la mala fe del *dominus soli* obedece, en ocasiones, a una mera tolerancia de la construcción, a obras ejecutadas en el ámbito “iure familiaritatis”. Es más, este sector parece olvidar que con su toma de posición, que incluso aboga por invertir el principio *superficies solo cedit* sin pagar nada por el *solum* (GARRIDO DE PALMA), se estaría premiando la invasión de la esfera jurídica del *dominus soli*, la lesión de su derecho de propiedad y castigando la mera tolerancia.

Por último, la protección del constructor y la idea germánica de tutela del esfuerzo y del trabajo, parecen ser las razones que llevan a este sector doctrinal a la exigencia de la buena fe del *dominus soli* ex artículo 361 C.c. Sin embargo, pensemos en los ejemplos señalados por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, esto es, el caso de que el dueño del *solum* haya, efectivamente, actuado de buena fe y se haya opuesto a la construcción oportunamente y en tiempo, mientras la obra se realiza, o genere duda razonable acerca de los linderos (más para hipótesis de extralimitación), entonces: ¿cuándo y cómo

¹⁷³Expresión respecto de la que no es fácil desvelar su sentido, ya que el “por sí o por otro” fue introducido *in extremis* en la redacción final del artículo 360 C.c. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 188.

¹⁷⁴Para DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298, en el supuesto del artículo 360 C.c. el *dominus soli* realiza con material ajeno la obra, por sí mismo o sirviéndose de otro, pero siempre construyendo “nomine proprio”.

¹⁷⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 188 y ss.

aplicar el artículo 361 C.c., si aquella oposición oportuna del *dominus soli*, exigida a *sensu contrario* por el artículo 364 C.c., convierte al edificante en sujeto de mala fe si continúa con la construcción? Se demostraría con ello que en caso de buena fe del *dominus*, entendida como oposición tempestiva a la obra¹⁷⁶, el artículo 361 C.c., lejos de proteger al constructor, caería en el desuso, resultaría prácticamente inaplicable¹⁷⁷.

Razones de justicia nos llevan a proteger al propietario perturbado, cuyo suelo ha sido invadido por tercero ajeno al mismo, dando entrada al principio *superficies solo cedit*¹⁷⁸, que no puede quedar supeditado al estado subjetivo de las partes en conflicto, sino con base en el mismo, considerar principal lo edificado. Es este principio y no otro el fundamento tanto del artículo 360 C.c. aludido por este sector crítico, como del artículo 361 C.c. analizado, en el que, con independencia de la mala fe del *dominus soli*, se respeta el mandato del artículo 358 C.c. concediendo al *dominus soli* la opción de rechazar la accesión ganada¹⁷⁹. En ningún caso, en el marco de la accesión industrial inmobiliaria, la buena o mala fe de los sujetos implicados en el conflicto de intereses justifica ni reemplaza la regla: “la superficie cede al suelo”, sino que sirve a otros efectos, especialmente a los obligacionales resarcitorios. No obstante lo anterior, que defendamos que la mala fe del *dominus soli* no impide la operatividad del principio *superficies solo cedit* en el marco del artículo 361 C.c., no significa que sea indiferente y que la misma deba quedar impune¹⁸⁰.

B. Buena fe del *dominus soli*, como desconocimiento o como oposición temporal y su influencia en la buena o mala fe del tercero constructor

Aunque partimos del dato de que la buena fe del artículo 361 C.c. sólo se circunscribe al edificante, siendo irrelevante que el *dominus soli* actúe de buena o mala fe¹⁸¹. Sí resulta absolutamente necesario delimitar en qué consiste la buena fe del propietario del suelo¹⁸², pues su actuación incidirá decisivamente y nos servirá para la calificación

¹⁷⁶MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 142 y 143.

¹⁷⁷No se puede entender única y exclusivamente la buena fe como oposición a la obra pues caeríamos en ese círculo vicioso porque si hay oposición el *dominus soli*, éste sería de buena fe y automáticamente el constructor actuaría de mala fe.

¹⁷⁸Como refiere CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 189, más allá de la idea de justicia, de protección al constructor, lo que subyace en el fondo de esta doctrina que niega la aplicación del artículo 361 C.c., late, de nuevo, la crítica general al principio *superficies solo cedit*.

¹⁷⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 134, opina en idéntico sentido, para la autora, no puede el Código alterar el principio *superficies solo cedit* y considerar cosa principal lo edificado, atendiendo al estado subjetivo del dueño del suelo porque un principio objetivo no depende de alteraciones subjetivas. La sanción del dueño del terreno si llega a causar daño al edificante, la da el Código en su artículo 1902 como apunta GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 227, y Díez PICAZO, op. cit., pág. 301 y ss.

¹⁸⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 142; Díez PICAZO, op. cit., pág. 301.

¹⁸¹Conclusión similar respecto al Código civil catalán y a la aplicación, siempre que el valor del suelo sea superior al de la construcción, de su artículo 542-7, visto en la nota 140.

¹⁸²La doctrina discute si la oposición del *dominus soli* es o no un componente de la buena fe del constructor o un factor autónomo que tiene incidencia en la aplicación de la opción que nos ofrece el artículo 361 C.c. y también en el derecho o no de indemnización al edificante. CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 298 y ss., siguiendo el criterio de algunos ordenamientos europeos (concretamente el

de la buena o mala fe del constructor, pues provocará, bien la entrada en juego del artículo 361 C.c., para el caso de buena fe en el constructor (pudiendo ser de buena o mala fe el *dominus soli*), o bien, de los siguientes preceptos, los artículos 362 y 363 C.c., en caso de mala fe sólo del constructor, o del artículo 364 C.c., si concurre mala fe en ambos sujetos.

Según dispone el artículo 364 C.c., en su segundo párrafo: “Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse”¹⁸³; y, a *sensu contrario*¹⁸⁴, respecto al propietario del suelo, deberá entonces entenderse que es de buena fe, cuando no tenga conocimiento del hecho de la edificación.

Serían, pues, tres los requisitos que vienen siendo exigidos¹⁸⁵ para que concurra la buena fe en el propietario del suelo: 1º Basta que exista desconocimiento¹⁸⁶ para que haya buena fe (STS de 10 de junio de 1974 —RJ 1974/2630—) no obstante a ésta que el *dominus soli* haya podido conocer, si esa posibilidad no dio lugar a un conocimiento efectivo¹⁸⁷; 2º en caso de conocimiento de la invasión, diligencia para desvanecer el error¹⁸⁸ a través de una oposición tempestiva del propietario del suelo respecto a la edificación; y, 3º la buena fe tornará en mala fe si el conocimiento tiene lugar durante el *iter constructivo* y el *dominus soli* no expresa su voluntad contraria a la edificación¹⁸⁹, requisito que resulta de forma clara, de la redacción del precepto

artículo 938 del Codice que prevé un plazo de tres meses a contar desde la fecha en que se ha llevado la construcción), la considera como presupuesto autónomo. De conformidad a RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3898, consideramos una disputa artificial y poco relevante a efectos prácticos y que tiene su origen en la doctrina de la accesión invertida y en aquellos ordenamientos europeos que distinguen netamente entre buena fe entendida como ignorancia del defecto del título que se construye y no oposición (tempestiva) del *dominus soli*.

¹⁸³Actualmente el Código civil catalán, a diferencia de lo que ocurre respecto al constructor, y a la definición que de su mala fe confiere, respecto al *dominus soli* no contiene referencia alguna, eliminando la noción de mala fe que nos ofrecía el artículo 11.4 de la Ley de accesión y ocupación de 2001.

¹⁸⁴Hay autores que entienden la mala fe única y exclusivamente como oposición del *dominus soli*, lo que supondría admitir que la buena fe del *dominus soli* lleva aparejada la mala fe del constructor. MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., págs. 142 y 143. Pero yerra esta autora porque no se puede identificar la buena fe como la mera oposición del *dominus*, primero porque también habrá buena fe en caso de ignorancia de la obra, y segundo porque no todos los casos en que el *dominus* se oponga ello determinará necesariamente la mala fe del constructor.

¹⁸⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 152.

¹⁸⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 394, exige para que haya buena fe que el *dominus soli*, que no advierta el hecho de la incorporación, y ejemplifica con un supuesto en el que un señor privado totalmente de su capacidad cognitiva, por una enfermedad degenerativa e irreversible (Parkinson), no se opuso a la edificación. Considera que mal podría advertir con las dotes normales la incorporación y oponerse a ella, y por lo tanto no podría obrar de mala fe. Vid. STS de 10 de junio de 1974 (RJ 1974/2630).

¹⁸⁷STS de 15 de enero de 1904, tomada de SÁNZ FERNÁNDEZ y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA que a su vez la toman de ALCUBILLA, Apéndice de 1904.

¹⁸⁸DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301.

¹⁸⁹La doctrina italiana y francesa se plantean en caso de que la obra sea conocida por el *dominus soli* y no se oponga a ella, la existencia de un acuerdo o pacto tácito. DELL’AQUILLA critica tal posibilidad porque de existir pacto ya no habría construcción por tercero ajeno. De admitirse que el silencio se

(artículo 364 C.c.)¹⁹⁰.

De lo anterior se deduce la idea de que la mala fe del *dominus soli*, por tanto, no tiene en principio que ver necesariamente, aunque a veces coincida, con el sentido subjetivo e intencional del dolo o malicia¹⁹¹, como se ha entendido por un sector doctrinal. Concretamente, ALONSO PÉREZ concibe la mala fe del propietario como: “*la paciencia dolosa*”, espera sin prisa y sin pausa que el autor de la accesión incorpore edificaciones y plantaciones que aumenten sin corresponsabilidad el caudal del *dominus soli*. El dueño del suelo que se enriquece mediante “la paciencia dolosa” ve (“a vista”) y conoce (“ciencia”) con íntima satisfacción y con fría calma cómo va adquiriendo bienes ajenos a cambio de una tolerancia pasiva, pero sumamente beneficiosa. Una vez más dolo y mala fe se unen para corromperlo todo¹⁹². *Bastaría, para negar tal identificación de mala fe del propietario con voluntad malintencionada, el caso del precarista o del que tiene una expectativa cierta y razonable de adquirir la propiedad del suelo sobre el que realiza la obra con el beneplácito y aquiescencia del dueño del suelo*¹⁹³ que consiente iure familiaritatis, en el primero de los supuestos, o que se obliga a transmitir el suelo, en el segundo de los casos señalados¹⁹⁴.

La buena fe del *dominus soli*, por tanto, consistirá en ignorar la construcción que un tercero realiza en suelo propio, o bien, en caso de conocerla, concurrirá¹⁹⁵, si se lleva a cabo una actuación diligente¹⁹⁶, una fundada y oportuna oposición. Así se declara en las SSTS de 18 de diciembre de 1990¹⁹⁷ (RJ 1990/10285), de 29 de abril de 1986 (RJ

equipara a pacto, ante qué negocio estaríamos. En España no puede ser un derecho de superficie, pues no admite tal modo de constitución y exige como constitutiva la inscripción registral. Sería tal vez una enfiteusis con dominio dividido, pero precisamente de tal posibilidad es de la que huye nuestro legislador con la accesión. La solución más viable para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 227, nota 148 (refiriéndose a construcciones extralimitadas) sería presumir en ese consentimiento tácito la voluntad de vender el terreno ocupado. Opinión que podría extrapolarse al ámbito del artículo 361 del Código civil, siendo coincidente con alguna de las opiniones doctrinales vertidas respecto a las consecuencias que deberían imponerse en caso de “mala fe” del *dominus soli* en la construcción en terreno ajeno con materiales propios de buena fe en el constructor y mala fe en el propietario del terreno.

¹⁹⁰Vid. SAP de León de 18 de octubre de 2012 (JUR 2012/370541), que exige que la oposición se realizara cuando se estaba llevando a cabo la construcción.

¹⁹¹MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 142, entiende que en el supuesto de construcción en suelo ajeno nunca podrá predicarse la buena o la mala fe del *dominus soli* porque no realiza ninguna actuación dolosa o antijurídica. La necesidad de oposición, no se refiere a la mala fe, sino simplemente al deber de diligencia impuesto a todo propietario.

¹⁹²ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 394 y 395

¹⁹³Dentro de la doctrina italiana MONTEL, op. cit., pág. 135, no concibe la mala fe del *dominus soli* como actuación maliciosa e intencionada, para ellos entre otros supuestos cita los casos de autorización y construcción con el beneplácito o consenso del *dominus soli*.

¹⁹⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 211.

¹⁹⁵GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 363, exige al que alegue que la obra se hizo con conocimiento del *dominus soli*, su prueba; también BONET Y BONET, op. cit., págs. 117 y 118.

¹⁹⁶De diligencia para desvanecer el error habla DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301.

¹⁹⁷La STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10285), declara la mala fe del propietario del suelo precisamente por concurrir los dos elementos de la mala fe: conocimiento y falta de oposición. Concretamente declara la sentencia que “las obras se realizaron a la vista, ciencia y paciencia de los herederos sin su oposición”.

1986/2039)¹⁹⁸ y de 17 de diciembre de 1957 (RJ 1958/535)¹⁹⁹.

B1. Desconocimiento respecto a la construcción

Respecto a la primera circunstancia que ha de concurrir para que pueda hablarse de *dominus soli* de buena fe²⁰⁰, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, concreta que no se trata de una ignorancia o de un conocimiento objetivo o general, en el sentido de que sea objetivamente posible, hipotético para cualquiera, sino de ignorancia o conocimiento efectivo de la obra por parte del *dominus soli*²⁰¹. La visibilidad o no (objetiva) puede ser indicio de conocimiento, o de la ignorancia, pero no es determinante. Igual ocurre en caso de abandono del suelo o ausencia del propietario²⁰² (entendidos *in sensu lato*)²⁰³, o en el supuesto de presencia sólo en estancias intermitentes en la finca en la que un tercero ajeno construye. Extremos, que una vez acreditados, pueden conducir a la apreciación de la buena fe del *dominus soli* por ignorar la invasión.

Lo afirmado se aprecia con claridad en diversas resoluciones judiciales, como por ejemplo, en el supuesto de hecho resuelto por la STS de 16 de junio de 1998 (RJ1998/5056), en el que se lleva a cabo una obra en subsuelo ajeno, por la que en su día fue promotora y constructora de los ocho bloques de edificios existentes. Construcción realizada después de la constitución del régimen de propiedad horizontal y tras haber transmitido la propiedad de los pisos integrantes de tal régimen. En tal caso, el Tribunal Supremo aprecia mala fe en ambos litigantes, y concretamente, lo hace respecto a los propietarios al haber sido realizada toda la construcción de los locales y garajes en el subsuelo, a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse. Y reconoce el derecho su opción de hacer suya la obra (locales y garajes) previa indemnización correspondiente, u obligar a la constructora a pagar el precio del terreno (subsuelo) en el que se construyó. También, la SAP de Gerona de 27 de junio de 2007 (JUR 2007/285525), en un supuesto de ausencia del *dominus soli*, considera al constructor de mala fe por

¹⁹⁸La STS de 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2039), va referida a unas obras realizadas por la Administración pública en un castillo, con posterioridad a la transmisión del mismo. El TS considera mala fe del *dominus soli*, porque una vez iniciadas las obras, visitó el castillo y se limitó a comunicar a los operarios que era su propietario; sin que constara su oposición, ni siquiera hiciera constar a la Dirección General de Arquitectura que las obras estaban desarrollándose en el castillo de su propiedad.

¹⁹⁹En la STS de 17 de diciembre de 1957 (RJ 1958/535) el dueño es considerado de mala fe porque su conocimiento de la obra resulta “evidente, dado el enclavamiento del terreno y la presencia constante”.

²⁰⁰Nadie puede oponerse a lo que desconoce, esto es, la buena fe del *dominus soli* en nada podrá influir sobre la buena fe del constructor si desconoce la invasión. En la doctrina italiana DE MARTINO, op. cit., pág. 515, considera, sin embargo, que el dueño debe estar vigilante de su propia propiedad dada la función social que la misma cumple.

²⁰¹A diferencia del sentido más objetivo, de cognoscibilidad del “a la vista” del artículo 532 C.c. sobre servidumbres aparentes, y frente a los artículos 444 y 1941 C.c. sobre exigencia de publicidad en la posesión y la usucapión.

²⁰²En Italia justifica la buena fe en la simple ausencia PASQUALI, G., Voz “Accessione, (Diritto di)”, en *Digesto Italiano*, Vol. I, parte prima, Torino, 1884, pág. 305. En España se detiene en este punto MOLL DE ALBA, op. cit., pág. 141.

²⁰³Ausencia o abandono entendido como desocupado, no en el sentido estricto de abandono, de dejación del suelo como vacante que pasaría a ser del Estado. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit. págs. 214 y 215.

haber realizado la construcción sin el entonces preceptivo proyecto técnico exigido por la Ley de accesión y ocupación, y al *dominus soli* de buena fe porque “la construcción se ha efectuado frente a extranjeros cuya residencia se encuentra en Francia, por lo que mal podían oponerse a tal construcción. . . .”²⁰⁴.

Relativamente antigua, pero muy esclarecedora resulta la STS de 10 de junio de 1974 (RJ 1974/2630) que rechazó que hubiera mala fe en el *dominus soli* afectado por Parkinson, enfermedad degenerativa irreversible, que le anulaba la capacidad cognitiva e intelectual y hacía imposible que pudiese conocer y oponerse de forma oportuna a la construcción realizada en su suelo. Esta sentencia, que sin duda, resolvió con justicia el caso concreto, nos obliga a hacer varias puntualizaciones sobre la buena fe como ignorancia o desconocimiento de la invasión.

La primera, que no toda ausencia o ignorancia es indiciaria de buena fe. Si se trata de una ausencia declarada, la buena o mala fe corresponderá al representante del dueño del declarado ausente, como también ocurrirá lo mismo, si en vez de declaración de ausencia hubiere sido declarado incapaz judicialmente el propietario del suelo.

Alegable será la ignorancia fundada en el desconocimiento o en la ausencia, si el fundo se encuentra ocupado por alguien autorizado por el *dominus soli* y éste incumple su obligación de poner en conocimiento del propietario la invasión, salvo que la ignorancia o desconocimiento del tercero fuere también excusable o vencible. Así, se deduce de los artículos 511 C.c. en sede de usufructo²⁰⁵, y 1559 y 1560 C.c. sobre arrendamiento²⁰⁶, siendo extensibles por analogía a cualquier poseedor o tenedor legítimo de suelo ajeno²⁰⁷. Y no será transmisible la mala fe del ocupante del suelo cuando aquél conozca la invasión y no se oponga a ella, ni lo ponga en conocimiento del dueño del suelo²⁰⁸, sin perjuicio de las responsabilidades internas que entre ellos pudieran

²⁰⁴SAP de Asturias de 27 de julio de 2007, que dispone que “la pasividad o tardanza en el ejercicio de un derecho puede obedecer a múltiples causas, desde razones de tolerancia hasta desconocimiento o ausencia, siendo revelador en este caso el hecho de que el propio demandante (*dominus soli* invadido), afirme que la finca está arrendada y que él acude poco a ese lugar, lo que de por sí es suficiente para justificar el terreno invadido”. Citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 215, nota 119.

²⁰⁵ NAVARRO CASTRO, M., “Comentario al artículo 511 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T.III, Coor. por RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 819 y ss.

²⁰⁶ QUICIOS MOLINA, M^a S., “Comentario al artículo 1559 y ss. C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11051 y ss.

²⁰⁷ Aunque referido a las construcciones extralimitadas, WOLF M., *Derecho de Cosas*, Vol. I., Tomo III, *Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad*, traducción de la 32^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1936, pág. 327, se refiere al *dominus soli* invadido como “el vecino que calla” y cuando se discute sobre si conoció o no la obra y si se opuso debidamente o no, dispone “El derecho a protestar corresponde al propietario y a los titulares de la superficie, de la enfiteusis y de la servidumbre (§§ 912, 916). Es parte del contenido del derecho de propiedad, del derecho de superficie, etc.”

²⁰⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 215. También DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301, defiende la no transmisibilidad de la mala fe entre el ocupante y el *dominus soli*, y así la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios, de haberlos, corresponderá al causante del daño, al que actúa con mala fe, siendo de cuenta del *dominus soli*, el pago de la obra si adopta tal opción porque él es el enriquecido, todo ello sin perjuicio de las repercusiones internas entre ambas partes de la relación

derivarse (vid. artículo 1559, 3º-C.c.). Por el contrario, sí habrá extensión de la buena fe al *dominus soli* si el arrendatario, usufructuario o cualquier tercero tenedor legítimo se opone a la obra (artículo 1560 C.c.)²⁰⁹, pudiendo, incluso, provocar la mala fe del constructor y la entrada en juego de los artículo 362 y 363 C.c.

Para el caso de suelo en copropiedad, también habrá extensión de la buena fe cuando perturbada la propiedad por una construcción llevada a cabo por tercero ajeno, cualquiera de los comuneros que conozca la edificación se oponga a ella oportunamente (cfr. artículos 394, 398. 3º, y 1933 C.c.)²¹⁰. El TS en su sentencia de 9 de febrero de 1991 (RJ 1991/1160), nos recuerda que es doctrina común que la actuación beneficiosa para la comunidad llevada a cabo por un comunero beneficia a todos cuando se refiere a “la correcta legitimación del copropietario para actuar en beneficio de los intereses de la comunidad, y dado que forzosamente el edificio está enclavado en un terreno que por definición (artículo 396,1º C.c.) constituye objeto o elemento común del que son partícipes los propietarios de cada uno de los pisos o locales... es evidente que la existencia de una Comunidad al amparo de la Ley de 21 de julio de 1960, no coarta ni constriñe en modo alguno que cualquiera de ellos, pueda, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle, habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina los resultados perjudiciales no vinculan a los demás copropietarios...”

En el supuesto de transmisión de la propiedad del suelo, la doctrina mantiene posturas diversas. Para las transmisiones *inter vivos*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA²¹¹, entiende que mientras se esté ejecutando la obra, la buena o mala fe se referirá a aquél que en ese momento sea dueño del suelo, pues es él, el que puede tener efectivo conocimiento de la ejecución de la obra, pero si ya estuviera ejecutada, habrá que atender a la buena o mala fe de quien pudo conocer²¹², esto es, al que fue dueño del solar durante la invasión, y en caso de haber procedido de mala fe, el adquirente podrá dirigirse contra el transmitente y exigirle responsabilidad, incluso por vicios ocultos (art. 1484 y ss. C.c.). NÚÑEZ BOLUDA, sin distinguir si la construcción está ejecutada o en fase de ejecución, considera que tanto en las transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*²¹³,

jurídica de que se trate.

²⁰⁹QUICIOS MOLINA, Mª S., “Comentario al artículo 1560 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11056 y ss.

²¹⁰En contra el Derecho Alemán, dice ENNECERUS L., *Derecho de cosas*, T. III, Vol. I, *Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad*, traducción española y notas de adaptación por B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1936, pág. 327, “Si existen a la vez varios titulares, la oposición de uno no tiene efecto para los demás; el que no quiera perder su derecho por pasividad tiene que defenderlo (como siempre en el derecho alemán).

²¹¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 216.

²¹²No mantiene este criterio la STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2008 (JUR 2009/50487), que en un supuesto de obra extralimitada, ya acabada, considera al tercer adquirente de mala fe, pues la invasión está a su vista, extremo que podía haber comprobado por existir una clara discrepancia entre Registro y Catastro.

²¹³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 29, considera que *el adquirente del edificio construido de buena fe podrá cobrar la indemnización que el dueño del terreno, que haga suya la obra, deba por enriquecimiento, puesto que en teoría tal adquirente habrá pagado el precio de lo construido. Y quien adquiera lo*

la buena o mala fe del transmitente o causante alcanza a los adquirentes y, justifica tal afirmación, porque tales adquirentes no pueden recibir más que el derecho de los transmitentes. Lo afirmado, se confirma en la STS de 27 de octubre de 1986 (RJ1986/6012) que consideró de mala fe a la Administración que tenía conocimiento de las obras realizadas por un cesionario de un local sótano, que lo amplió, al no oponerse a las mismas “ya que la negativa a legalizar la situación, a legitimar la ampliación, no implica oposición a que las obras se realicen, debiendo abarcar las consecuencias de la mala fe a las comunidades, al justificar su derecho por transmisión derivativa, permaneciendo uno y el mismo (refiriéndose al organismo público y compradores) por sucesión en el complejo de las relaciones jurídicas anteriormente existentes. . .”, y lo justifica porque “entenderlo de otra forma facilitaría el fraude evitando las consecuencias de la mala fe con una simple transmisión”.

B2. La diligencia exigida para desvanecer el error del edificante. La oportuna y fundada oposición del *dominus soli*

La segunda circunstancia de la que deriva la buena fe del propietario del *solum*, es la de haber llevado a cabo una fundada y oportuna oposición.

La doctrina discute sobre el momento idóneo para oponerse, esto es, el momento en el que se ha de apreciar si el *dominus soli* ignora la construcción o, en su caso, la conoce y lleva a cabo la consiguiente oposición temporánea. Se plantea, también, la posible incidencia de la buena fe del propietario del suelo en la correlativa mala fe del constructor ajeno.

Respecto a la determinación del *dies a quo* a partir del cual es posible la oportuna oposición, el silencio legal se trata de colmar, bien con la remisión a la respuesta dada por otros ordenamientos europeos particularmente en materia de construcción extralimitada, bien atendiendo al plazo conferido por nuestro ordenamiento a otras figuras como, por ejemplo, el plazo de un año del artículo 1968.1º C.c. sobre interdictos posesorios; o, finalmente, atendiendo a los criterios jurisprudenciales que se vienen observando en la práctica, sobre todo en sede de accesión invertida por ser la cuestión que por su mayor litigiosidad, mayor número de pronunciamientos judiciales ha suscitado.

En el marco comparado, tanto el artículo 938 del Codice, como el 1343.1 del Código portugués²¹⁴, establecen idéntico plazo de tres meses para que el *dominus soli* se oponga a la extralimitación, impidiendo así que pueda operar la inversión del principio *superficies solo cedit*. El Código portugués cuenta el plazo trimensual desde el momento en que la obra iniciada en el fundo vecino invasor, invade el fundo ajeno, mientras que el Codice lo computa desde el inicio de las obras, aunque la práctica jurisprudencial italiana, con buen criterio lógico, lo hará, no desde el inicio efectivo de la

construido de mala fe habrá de soportar la demolición sin poder reclamar al dueño del suelo, pudiendo solamente, si compró de buena fe, reclamar a quien se lo transmitió.

²¹⁴CARVALHO MARTINS, A., *Acessão*, Coimbra, 1999, pág. 130 y 141, establece que la buena fe tiene que existir en el momento de la ocupación y cesa después de ser reivindicado el terreno por el *dominus soli*.

obra²¹⁵, sino desde el momento en que la misma incida en el fundo ajeno invadido²¹⁶, porque sólo desde la extralimitación habrá invasión a la que oponerse.

Por otro lado, aunque no es recomendable la traslación, sin más, de los criterios jurisprudenciales sobre accesión invertida al ámbito de la accesión inmobiliaria en general²¹⁷, lo cierto es que, el Tribunal Supremo nos da algunas pautas a tener muy en cuenta en la aplicación de los artículos 361 a 364 C.c. Y pese a que no se ha concretado un plazo específico para entablar oposición temporánea, sí encontramos referencias en alguna de sus sentencias, como en la STS de 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5663) que considera extemporánea la oposición del *dominus soli* practicada seis meses después del inicio de las obras: «cuando los hoy demandados —refiérese a los ahora recurridos— ponen en conocimiento de los actores la ocupación del edificio estaba en avanzado estado de construcción» y que «los señores M. —alúdese a los mencionados recurrentes— no reclamaron hasta seis meses después de iniciadas las obras y cuando ya estaban levantados en su totalidad los muros del edificio». También, en la SAP de León de 18 de octubre de 2012 (JUR 2012/370541), que resuelve un supuesto donde el demandado reconviniente había construido un chiringuito en terreno ajeno, y se le considera de buena fe porque no se había llevado a cabo oposición “en años” por parte del *dominus soli*, que conocía tal situación, “la oposición enervaría la buena fe inicial y en este caso no existe prueba alguna de la existencia de ningún interdicto de obra nueva, desahucio por precario o algún requerimiento judicial... De este modo lo que parece probado es que no se realizó oposición cuando se estaba llevando a cabo la construcción, ni en los años posteriores durante los cuales de forma pública se utilizó como bar o merendero...”.

Siguiendo a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, bien está que la oposición se lleve a cabo a través de interdicto, deslinde y amojonamiento o reivindicatoria²¹⁸, acciones que deberán ser ejercitadas dentro de sus plazos preceptivos, pero entendemos que, a los efectos de determinar la concurrencia de la buena o mala fe de los artículos 361 a 364 C.c., no es acertado determinar un plazo concreto, ni hacerlo coincidir con el de tales institutos. Criticable pues, resultaría el plazo de 3 meses apuntado²¹⁹ o cualquier otro que se fije, cuando por lógica el *dominus soli* invadido deberá reaccionar y oponerse a la mayor celeridad posible desde que conozca la situación, pues su función

²¹⁵El Código italiano, pese a ser criticado en este punto en su gestación, computa los tres meses desde el inicio de la obra, sin embargo la jurisprudencia por pura razón lógica ha aplicado el plazo de tres meses desde que hay invasión efectiva a la que oponerse porque invade el terreno ajeno. PASQUALI, op. cit. pág. 305 y PARAISO, op. cit. pág. 275 con cita de las SSSCCassaz italiano de 15 de noviembre de 1973, 29 de marzo de 1982, 23 de febbraio de 1965 y 3 de febbraio de 1971.

²¹⁶Extraño pero no imposible puede ser una oposición anterior a la extralimitación y funcionará entonces como medida preventiva, así lo prueba el § 912 exige “oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación”.

²¹⁷RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., Pág. 3896.

²¹⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 218. Con independencia de su éxito o procedencia.

²¹⁹PASQUALI, op. cit., pág. 305, al igual que otros autores italianos como PACIFICI-MAZZONI, CATTANEO y BORDA, consideraba necesaria que la oposición fuese hecha antes de que la construcción terminara y en todo caso antes del transcurso de un año desde su conocimiento.

principal será la de anular la buena fe del constructor, tratándose pues, de una cuestión a resolver sobre cada caso concreto.

Es más, el *dominus soli*, no precisará para ser considerado de buena fe y de tempestiva su oposición, que la misma resulte formalmente fundada²²⁰. Ello tendrá otras consecuencias, como la posible victoria o estimación de sus pretensiones en la oposición que sustancie²²¹, además de que a los efectos de la accesión pueda convertir al constructor en edificante de mala fe²²².

Otra cuestión a analizar es, precisamente, esa posible incidencia de la actuación del *dominus soli* en la posible mala fe del edificante, esto es, bien para sanar la reprochabilidad de su conducta compensándola con la del propietario del suelo, cuando éste también actúa de mala fe, o bien, para hacer ver al constructor que está lesionando e invadiendo la propiedad ajena.

CARRASCO PERERA considera, frente a la opinión común de la jurisprudencia, que entre la buena o mala fe de uno y otro sujeto hay una absoluta independencia, y

²²⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 222.

²²¹Vid. las SAP de Toledo de 18 de diciembre de 1998 (AC 1998/2494), que considera que el *dominus soli* actuó de mala fe, primero porque reconoce “en el escrito rector del procedimiento que se apercibió del comienzo de las obras en uno de sus viajes a Miguel Esteban”, y sus pretensiones además fueron desestimadas precisamente “por no haber hecho uso del remedio interdictal adecuado a las circunstancias, cual era el interdicto de obra nueva” y no el interdicto de recobrar. En idéntico sentido la SAP de Salamanca de 20 de enero de 2000 (AC 2000/3703), que considera que las pretensiones ejercitadas en la demanda de condenar “a la parte demandada a retirar y demoler a su costa los muros y cimentaciones construidos indebidamente en terrenos propiedad del actor. . . ni justifican en modo y manera alguna, la acción y pretensiones ejercitadas a través de un procedimiento de superior entidad al procedente, máxime cuando el murete se construyó a la vista, ciencia y paciencia del actor, que no consideró oportuno paralizar su ejecución mediante el ejercicio de una acción de deslinde en defensa de su supuesto derecho de dominio, o de otra interdictal en defensa de su situación posesoria. . .”. La SAP de Sevilla de 2 de abril de 1998 (AC 1998/719), en un supuesto de construcción de lavadero sobre finca ajena, considera que «no está permitido a las partes escoger la vía interdictal que considere más conveniente a sus intereses, sino que han de acudir a la que resulta adecuada, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad específicamente perseguida por cada interdicto, ya que, concretamente, el de obra nueva y el de recobrar tienen un ámbito y fin distinto, pues si ambos van orientados a conseguir la tutela de una situación posesoria, sin entrar a conocer sobre el derecho de propiedad. . . , siendo mayoritaria la tesis de nuestra doctrina científica que siempre que el ataque a la posesión tenga lugar como consecuencia de una obra en construcción, como sucede en el caso de autos, debe acudirse al interdicto de obra nueva o, en su caso al juicio declarativo que corresponda, sin que sea posible conceder la tutela judicial que se postula mediante interdicto de recobrar la posesión. . . de modo que no cabe por vía interdictal la demolición de una obra de cierta importancia, como establece el artículo 1658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el interdicto de recobrar la posesión, cuando ello debe quedar para el juicio declarativo correspondiente». De gran interés VÁZQUEZ BARROS, S., *Los interdictos. Acciones posesorias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 185 y ss. para el interdicto de recobrar la posesión y pág. 263 y ss. para el interdicto de obra nueva.

²²²No lo entendió así la SAP de Toledo de 1998 (AC 1998/2494), estima mala fe por “no haber hecho uso del remedio interdictal adecuado a las circunstancias, cual era el interdicto de obra nueva. Con este procedimiento se hubiera evitado la demolición de la nave a la que hubiera conducido la estimación de aquella demanda: precisamente porque la obra se realizó a la vista, ciencia y paciencia del demandante. Aquella primera falta de oposición a través del cauce procesal adecuado obliga a no poder apreciar, tampoco ahora. . . el requisito de la buena fe del demandante”.

tacha de fórmula ambigua la empleada por el Tribunal Supremo cuando estima que no existe buena fe en la persona del constructor si el propietario del suelo se ha opuesto oportunamente, y esgrime dos razones: en primer lugar, porque el TS nunca ha limitado un plazo de oposición temporánea (seis meses se considera extemporánea: STS 27 de noviembre de 1984) y, en segundo lugar, porque hace depender la buena fe de la falta de oposición, como si ésta fuera un requisito de aquella, cuando lo lógico es concluir que se trata, necesariamente, de factores totalmente autónomos. Ni la oposición hace de mala fe al constructor, ni la falta de oposición sana la reprochabilidad de la conducta.

En esto último, damos la razón a CARRASCO PERERA, es cierto que la mala fe del constructor, para serlo, no necesita oposición alguna y también se la damos, en que para observar su buena o mala fe hay que atender a su estado de conocimiento²²³, o ignorancia²²⁴ en sí mismo considerado, sin embargo, coincidimos con la opinión doctrinal mayoritaria²²⁵ y jurisprudencial de que el estado de conocimiento y la actitud del *dominus soli* invadido, puede servir para poner en conocimiento al invasor, la circunstancia de que está construyendo en finca ajena y que si prosigue con su actitud constructiva lo hará ya con conocimiento de la ajenidad del suelo y, a partir de ese momento, su actuación podrá ser considerada de mala fe.

Éste es el sentido de las palabras de ALONSO PÉREZ cuando critica la opinión vertida de CARRASCO PERERA, y apoya la postura del Tribunal Supremo, que “piensa, tan sólo, que la *bona fides* es ordinariamente incompatible con la oportuna oposición del propietario invadido (vid. por ejemplo, la sentencia de 12 de noviembre de 1985)”. Para él, el constructor tendrá buena fe si desconoce la ajenidad del terreno invadido, pero en cuanto estado gnoseológico, la buena fe desaparece si el *dominus soli* invadido advierte al constructor que el terreno ocupado no es suyo. Y concluye: “En suma, la buena fe del constructor y la no oposición del dueño del terreno invadido no se desenvuelven con autonomía, como piensa A. Carrasco, sino implicativamente. La oposición del dueño del suelo, si es fundada, saca de la ignorancia al edificante y transforma su buena fe en mala fe de persistir la extralimitación”²²⁶.

Por último, debemos preguntarnos qué características ha de revestir la oposición para ser idónea y tener, por tanto, la aptitud transformadora del estado gnoseológico

²²³CARRASCO PERERA, op. cit. pág. 352.

²²⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 223.

²²⁵ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 393 a 395; GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 226 y 227; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. págs. 137 a 143; MOLL DE ALBA, op. cit., págs. 144 y 155, también 205, entiende tal conexión a la vista del Usatge “Si quis in alieno” que se refería al que edificaba “de mala fe, sabiendo que edificaba en suelo ajeno contra la voluntad del dueño”

²²⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 344, nota 46.

del constructor²²⁷, dado que no basta con la simple oposición²²⁸ para que el constructor actúe de mala fe, como lo destaca el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001/5976) “no basta un mero requerimiento al poseedor para convertirlo en poseedor de mala fe, es necesario pruebas o indicios circunstanciales por lo menos de que no le pertenece el dominio de la cosa, con objeto de poner al requerido en un estado razonable sobre su posición jurídica”.

La oposición ha de ser oportuna, temporánea y fundada, pero no necesariamente victoriosa en los Tribunales. Para ello será suficiente con que la oposición se lleve a cabo de forma inmediata al conocimiento de la invasión²²⁹, durante el *iter constructivo*²³⁰, y sea razonable, tanto, que al menos genere una duda del mismo carácter, que permita sacar de su error excusable al constructor²³¹, esto es, la sola duda exige en el

²²⁷Vid. la STS de 14 de julio de 1988 (RJ 1988/5689), la buena fe en el constructor descansa, no sólo la creencia de que le corresponde la propiedad del terreno “sino también en la circunstancia de que dicho dominio no ha sido controvertido”, y siguiéndola y completándola la SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 2003 (JUR 2003/24046) que manifiesta (refiriéndose al actor y propietario) “cuya actuación de buena fe no cabe cuestionar en tanto comienza a ejercitar sus derechos tan pronto como conoce la actuación del colindante”, “Esa buena fe de la parte demandada que advierte de la situación existente manifestando su creencia en la titularidad de la porción de terreno ocupada por la parte actora choca con la obstinación de la demandante que continua en una posesión que no puede ignorar controvertida y discutida y reivindicada por su colindante y que le sitúa al margen de la buena fe” y termina diciendo “la buena fe, como resumen, consiste no sólo en la creencia por quien planta o construye de que le corresponde la totalidad del terreno sino también en la circunstancia de que dicho dominio no ha sido controvertido (STS 14-julio-1988 [RJ 1988, 5689]) de tal forma que la *bone fides* es incompatible con la oportuna oposición a la construcción del propietario invadido como en el supuesto aquí acaecido”.

²²⁸Así lo cree MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 671.

²²⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 218 a 222.

²³⁰El problema se plantea en que las obras pueden durar bastante tiempo, y en ese lapso de tiempo desaparecerla ignorancia excusable que tuviera el edificante. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 139, considera que a partir de ese momento, en el conoce la ajenidad del terreno, si continúa el proceso constructivo sería constructor de mala fe, con aplicación de los artículo 362 y 363, o a lo sumo el 364 C.c. si conociendo la invasión no se opuso. La autora ofrece como solución que en el momento de conocer la ajenidad del terreno, pare la obra y pida una liquidación conforme al artículo 361. El dueño del terreno podrá optar por indemnizar solamente la parte de obra ejecutada o imponer la venta del suelo al constructor. La defensa del edificante, si decidiera continuar, alegará la presunción de buena fe del artículo 434 y la norma del artículo 436 del Código civil, según el cual se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió. Al dueño le incumbirá la prueba en contrario.

²³¹Vid. la STS de 14 de julio de 1988 (RJ 1988/5689), que en un supuesto de venta por quien no aparecía como titular registral, y ante la intención del recurrente de hacer valer el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo sentencia «el recurrente mantenía dudas fundadas de que el terreno por donde discurría el cauce de riego era de la propiedad de la Comunidad de regantes actora, que con anterioridad a la adquisición de la finca donde radicaba y de otras limítrofes, gestioné de aquella en términos inequívocos la compra de dicho terreno y, de otra, porque lo que cuestiona no es que dicho cauce de riego no existiera en la realidad y sí solamente que la Comunidad no ostentaba la titularidad dominical que sobre el mismo se atribuía, circunstancia que al abonar la conclusión de que no ignoraba o desconocía la existencia dentro del perímetro de la finca que se le transmitía de una porción de terreno que no era propiedad del transferente, impedía le fuera atribuida la buena fe que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para sancionar a favor del tercero adquirente con presunción “*iuris et de iure*” la exactitud del asiento obrante en el Registro de la Propiedad a favor de su causante».

constructor esa prudencia, esa diligencia que hará excusable su error²³². Así lo confirma, la SAP de Aragón de 7 de noviembre de 2001 (RJ 2002/5240), que considera generada esa duda razonable en el constructor e idónea la oposición del *dominus soli*, cuando manifiesta: “existen elementos de hecho comprobados en el proceso que permiten aseverar que las citadas demandadas-reconvinentes no actuaron en la creencia de ostentar la legítima posesión del terreno en que construían, ya que medio una comunicación de las actoras en la que se hacía constar su propiedad sobre el terreno en que se estaba levantando uno de los aerogeneradores y requerimiento de cese de la ocupación, no obstante lo cual la instalación continuó; y si bien es cierto que de la mera comunicación de la parte adversa no se desprende, sin más, la necesidad de interrumpir la edificación, los términos en que se expresaba la conminación ponían en duda, al menos, la legitimidad de la posesión, lo que excluye la buena fe”. También, la SAP de Burgos de 8 de marzo de 2004 (JUR 2004/112237), considera fundada la oposición a la construcción realizada en el patio de la bodega propiedad de las actoras, al decir que “de las actuaciones resulta evidente que las demandantes no han consentido en ningún momento la construcción que los demandados llevaban a cabo en parte del terreno de su propiedad, reaccionado mediante la interposición del correspondiente interdicto de obra nueva que se siguió en la juzgado de Aranda de Duero nº 2, juicio verbal nº 68/2001 y, una vez finalizó con sentencia desestimatoria del interdicto, motivó la promoción del presente pleito”, lo expuesto “demuestra la mala fe de los demandados que se plasma en la realización de la nueva construcción a sabiendas de que no tenían derecho a hacerla sobre el terreno propiedad de las demandantes” e impone como consecuencia jurídica “según el artículo 362 y 363 del C.civil se produce la pérdida de lo edificado sin derecho a indemnización para el constructor infractor y la facultad del dueño del terreno de exigir la demolición de la obra, reponiéndose las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó”.

Sin embargo, nada obsta, como bien afirma GULLÓN BALLESTEROS²³³ a que la buena fe (del constructor) sea “compatible con la oportuna oposición del propietario invadido, si particulares circunstancias permiten estimar fundada la convicción del invasor de que ostenta el dominio que su antagonista arroga”, y añade “hay que alejar la equivocada y perturbadora idea de que una simple y escueta oposición destruye la buena fe del tercero”, tratándose, pues, de una cuestión a resolver *ad casum*²³⁴. En tales términos se expresa la SAP de Asturias (JUR 2005/106388)²³⁵ que no considera destruida la buena fe del constructor, pese a haber sido requerido vía burofax, denunciado ante la Guardia civil y ante el Ayuntamiento de Gozón y haber recaído auto de medidas cautelares que ordena la paralización de las obras, pues “en modo alguno es posible aceptar la pretensión de la recurrente de que esta buena fe ha quedado destruida con la citada prueba documental, antes bien existe una convicción fundada de que el demandado ostentaba el dominio de los metros que reivindicó la actora. . .”.

²³²CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 225.

²³³GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 227.

²³⁴ROCA GUILLAMÓN, op. cit., pág. 450.

²³⁵Que sigue fielmente la STS 14 de marzo de 2001 (RJ 2001/5976).

En definitiva, no toda oposición destruye la buena fe²³⁶. La existencia o inexistencia de actos de oposición tempestiva por parte del *dominus soli*, no condicionan necesariamente, de manera directa, la buena o mala fe del constructor²³⁷ o dicho de otro modo, en nada quedará afectada la buena fe del constructor, ex artículo 361 C.c., cuando no haya oposición o, cuando habiéndola, ésta sea inoportuna por extemporánea o por infundada, o, incluso, siendo oportuna, siempre y cuando se den especiales circunstancias, indicios que permitan entender fundada su convicción o excusable su error²³⁸ de construir en terreno propio o, por lo menos, creer tener un derecho que le permita realizar aquellos actos²³⁹. Es jurisprudencia reiterada que “la estimación sobre la existencia o no de la buena fe, como cuestión de hecho está reservada su apreciación al Tribunal de instancia” (SSTS de 27 de enero de 2000 [RJ 2000/126], 4 de octubre de 1996 [RJ 1996/7037], 29 de abril 1986 [RJ 1986/2039], 30 de noviembre de 1981 [RJ 1981/4682]).

4.2.4. La consecuencia jurídica y la facultad de opción

4.2.4.1. La facultad de opción del *dominus soli*. Posiciones doctrinales

El artículo 361 C.c. contiene una opción de la que otros Códigos carecen²⁴⁰. Concede al propietario del suelo la facultad de elegir la aceptación de las consecuencias de la accesión pagando una indemnización, o invertir los términos de la misma, obligando al constructor a la adquisición del suelo satisfaciendo su precio²⁴¹.

La primera de las opciones, la posibilidad de adquirir la edificación ejecutada por un tercero de buena fe que construye en suelo ajeno, se encuentra íntimamente relacionada con aquella otra cuestión polémica relativa a la automaticidad o no de la adquisición de la propiedad por accesión. Automaticidad que, sin embargo, no es discutida para la hipótesis del artículo 360 C.c.²⁴², tampoco en la prevista en los artículos

²³⁶GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 227.

²³⁷RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3897. En su estudio jurisprudencial analizan la STS de 19 de diciembre de 1988, la cual parece concebir la oposición o no del *dominus soli* como un dato relevante a la hora de determinar si hay o no mala fe de este último sujeto, a efectos de la aplicación del artículo 364 C.c., antes que como un requisito o componente de la buena fe del edificante exigida por el artículo 364 C.c., o como una exigencia adicional a esa buena fe. Dicha sentencia manifiesta “La buena fe es cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala, y desde luego no se desvirtúa por el dato de que los constructores conocieran que el edificio era ya ajeno, ni por haber demostrado que construyen por encargo comunitario. Del propio modo, ha de afirmarse que ninguna relación con la buena fe de los constructores tiene que la comunidad como tal no hubiera podido oponerse a la construcción, porque ello sólo afectaría a su mala fe, a la que sólo, a mayor abundamiento, acude la sentencia de instancia, que tras resolver el caso declarando la buena fe de ambas partes litigantes, afirma a idéntica conclusión se llegaría partiendo de la hipótesis de que ambas partes actuaron de mala fe”.

²³⁸GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 227.

²³⁹DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301.

²⁴⁰En referencia al Code y al Codice, particularmente.

²⁴¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 152.

²⁴²En nuestra doctrina CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 111 y 112, es defensor del principio de que sólo se adquiere por accesión lo que se paga por accesión y condiciona, incluso en el supuesto

362 y 363²⁴³ que disciplinan hipótesis similares a la del artículo 361 C.c., pero referida al caso en que el constructor actúa de mala fe; ni siquiera plantea duda, en la llamada accesión invertida, donde la jurisprudencia seguida del común de la doctrina, estiman que la accesión opera automáticamente por aplicación forzosa del artículo 361C.c. *in fine*, a modo de venta forzosa *ex officio judicis*²⁴⁴. Sólo en el supuesto de edificación en suelo ajeno de buena fe la doctrina no es unánime²⁴⁵, enfrentándose dos posiciones consolidadas.

En síntesis²⁴⁶, un sector mayoritario²⁴⁷, amparado en la literalidad de la norma y en la postura unánime adoptada por el Tribunal Supremo desde la STS de 2 de enero de 1928²⁴⁸, defiende que la adquisición de la propiedad está condicionada al pago de

previsto en el artículo 360 del Código civil, la adquisición de la propiedad por el *dominus soli* al efectivo pago de los materiales empleados en el terreno de su propiedad. También es defendida por MOLLDE ALBA LACUVE, op. cit., págs. 115 y 116. En la doctrina italiana es defendida por DE CRESCENZIO, SIMONCELLI, CAPORALI, BIANCHI y DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Vol. I. Introducción y parte general. *Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, 4ª edición, traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 612, nota 1. Para DE RUGGIERO la adquisición de la propiedad está condicionada al pago del valor, “de lo que se deduce que en tanto éste no haya sido abonado la propiedad continúa en el propietario primitivo con la grave limitación (impuesta por el interés público) de que no se destruyan los cultivos ni se deforme la ciudad con ruinas, por lo que la reivindicación se suspende en tanto dura la conjunción y puede solo ejercitarse cuando ocurra la separación”.

²⁴³No se suele plantear el problema doctrinal en los supuestos de edificación en suelo ajeno de mala fe, pues en estos casos la doctrina es unánime en considerar que el Código civil atribuye, al *dominus soli*, la propiedad de lo edificado desde la unión indisoluble sin derecho a indemnización, a menos que opte por la demolición de la obra o arranque de la plantación con reposición de las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o construyó.

²⁴⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “El automatismo en la accesión inmobiliaria”, *RCDP*, N° 729, 2011, pág. 47.

²⁴⁵Centrada la polémica respecto a los casos de edificación en suelo ajeno con materiales propios de buena fe, nada impide hacer extensibles los argumentos vertidos y las soluciones que alcancemos, a los supuestos de edificación en suelo ajeno de buena fe con materiales ajenos, ya que esta última circunstancia no afectará al efecto jurídico-real, cual es, la adquisición de la propiedad por el *dominus soli*, sino a la responsabilidad frente a la obligación de pago de los materiales empleados.

²⁴⁶Cuestión desarrollada en el Capítulo I, apartado IV.1.

²⁴⁷Entre los que se encuentran: MANRESA, op. cit., págs. 188 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, T.II, *Derecho de cosas*, Vol. I, *Los derechos reales en general. El Dominio. La Posesión*, 12ª edición, Madrid, 1982, págs. 328 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 149 y ss.; BONET BONET, págs. 103 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, T.III, Derecho de cosas*, Bosch, 1953, págs. 234 y ss.; Díez PICAZO, op. cit., págs. 301 a 303; LACRUZ BERDEJO, op. cit., págs. 136 y ss.; DORAL GARCÍA, y TORRES LANA, págs. 27 y ss.; PÉREZ CÁNOVAS, N., “Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza”, *RCDI*, N° 586, 1988, págs. 735 y ss.; CUSI ESCOFET, W., “Accesión industrial. Derecho de retención”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1970, pág. 331; GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 173 a 175; CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 75, 113, 217, 233 y ss.; MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., págs. 169 a 173.

²⁴⁸Tomada de GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 217 a 236. El en litigio, nos encontramos con un *dominus soli* que había arrendado una finca en la que el arrendatario, sin autorización, había construido una nave industrial. Una vez desahuciado el arrendatario por falta de pago, el propietario demandó a quien se había adjudicado en subasta tal edificación, en solicitud de que se declarase su propiedad sobre él y se obligase al demandado a restituirlo en la posesión. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y desestimó la demanda porque no se había probado que el actor hubiese

la indemnización exigida; mientras otros entienden que, la adquisición de la propiedad se produce “*ipso iure*”, automáticamente por el *dominus soli* desde el mismo instante en que se produce la incorporación.

Entre los defensores de la posición tradicional PÉREZ ALGUER²⁴⁹, considera que la “previa indemnización”²⁵⁰ es condición necesaria para la adquisición de la propiedad por parte del propietario de lo edificado en su terreno, y en tanto en cuanto, no se reintegre, afiance o consigne judicialmente o se utilicen cualesquiera de las formas de pago o garantía previstas en el Código civil, el derecho de retención asistirá al dueño de la edificación y quedará la propiedad de ésta sin atribuir²⁵¹.

Distingue, este sector doctrinal, entre el momento en que se produce “el desplazamiento patrimonial y la aparición del crédito a la indemnización”, entendiéndolo que ambos “no son automáticos”, es decir, por el mero hecho de la construcción en terreno ajeno, no se produce un desplazamiento patrimonial y la aparición del derecho a ser indemnizado, sino que, la consecuencia inmediata engendrada por esta situación es la opción prevista en el artículo 361 C.c.²⁵² a favor del dueño del suelo.

Según la cual, estaríamos ante una accesión diferida, “doblemente condiciona-

abonado, ni siquiera ofrecido, la indemnización prevenida en el artículo 361 C.c. (en igual sentido, las STS de 24 de enero de 1986 —RJ 117/1986—, y 31 de diciembre de 1987 —RJ 9715/1987—)

²⁴⁹PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Derecho de Cosas de WOLF*, (*Tratado de Derecho Civil de ENNECERUS*), Tomo III. *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, 1936, pág. 443.

²⁵⁰En la doctrina italiana es defendida por DE CRESCENZIO, SIMONCELLI, CAPORALI, BIANCHI y DE RUGGIERO, op. cit., pág. 612, nota 1. Para DE RUGGIERO la adquisición de la propiedad está condicionada al pago del valor, “de lo que se deduce que en tanto éste no haya sido abonado la propiedad continúa en el propietario primitivo con la grave limitación (impuesta por el interés público) de que no se destruyan los cultivos ni se deforme la ciudad con ruinas, por lo que la reivindicación se suspende en tanto dura la conjunción y puede solo ejercitarse cuando ocurra la separación”. En la doctrina portuguesa DE OLIVERIA ASENSÃO, *Direito Civil, Reais*, 5ª edic, Coimbra editora, 2012, págs. 301 y ss., manifiesta que el Código portugués rechaza la tesis de la automaticidad de la accesión y configura este supuesto (artículo 1339 del Código portugués de 1966) como un juego de obligaciones sinalagmáticas, de adquisición y pago. La doctrina portuguesa sigue el camino marcado por el Código alemán, otorgando valor al trabajo y se suman a la corriente crítica hacia el principio *superficies solo cedit*. Entiende este autor que, sólo de esta manera, esto es, rechazando la automaticidad de la máxima romana, y otorgándole un carácter meramente potestativo, así como rechazando que los dos límites de la verticalidad del fundo deban pertenecer al mismo propietario, se consigue que el constructor de la obra o el que realiza la plantación o siembra, más valiosas que el suelo en que se asientan, puedan ser sus propietarios. Ésta línea de pensamiento es seguida, dentro de la doctrina española, fundamentalmente por CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 224 y 225, que habla de *causa adquirendi* “la recíproca prestación”. Para él, jurídicamente, en la primera de las opciones del artículo 361 el pago actuaría como causa de la entrega, como precio. En la segunda de las alternativas del *dominus soli* se da una entrega de la finca como causa del derecho al crédito de un precio.

²⁵¹CUSÍ ESCOFET, op. cit., pág. 331.

²⁵²Su primera hipótesis es, con mucho, la más importante, es el “supuesto tipo” de la accesión en el Código civil, sobre la que el resto de supuestos parecen que responden a una cierta excepcionalidad. Es más es sobre la que se ha formado el cuerpo doctrinal del Tribunal Supremo. Añade CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 233, que es el único que responde al esquema típico de la regla *superficies solo cedit* como situación en que tanto propietario como constructor ostentan derechos recíprocos (frente al artículo 362) y en la que el principio de atracción del suelo funciona con claridad frente a la segunda de las alternativas.

da”²⁵³. En primer lugar, a que la opción contenida en dicha norma sea elegida por el *dominus soli*. Ya que el precepto habla de “un derecho a hacer suya la obra” y, por tanto, habría que optar por esta primera alternativa²⁵⁴ y desechar la imposición al constructor de una venta forzosa; y, en segundo lugar, estaría condicionada al pago de lo finalmente accedido, que ha de ser “previo”²⁵⁵ (según refiere el artículo 361C.c.), de modo que, en caso de haberse optado por la primera de las alternativas, el *dominus soli* tendrá que satisfacer la indemnización de conformidad a lo prevenido por los artículos 453 y 454 C.c., pues de haberse decantado por la segunda opción, será el constructor el que deba pagar el precio del terreno.

En ese lapso de tiempo que media entre la incorporación, la toma de decisión y el efectivo pago, entiende este sector doctrinal, que el dueño del terreno no tendrá la propiedad de lo construido sino tan sólo “un derecho a”, que le concede el artículo 361 C.c.; calificado como un derecho potestativo²⁵⁶ o de configuración jurídica, que confiere a su titular la mera facultad de decidir, mediante un acto de voluntad, la situación jurídica final del fondo más la edificación²⁵⁷. Sin posibilidad, por parte del dueño de los materiales de oponerse, pues así lo impone la ley, siendo la actitud de éste de mera sujeción a la elección que haga el *dominus soli*²⁵⁸.

Por tanto, mientras no se ejercite la opción, persistirá el dominio del constructor

²⁵³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 223. Excepcionalmente la STS de 11 de junio de 1985, excluye la facultad de opción prevista en el artículo 361 C.c. cuando se trata de terreno de dominio público, en el caso del supuesto de hecho, marítimo-terrestre, sobre el que un concesionario había construido de buena fe unas edificaciones dedicadas a la industria conservera. El TS considera que el Estado sólo puede ejercitar su facultad de quedarse con lo edificado pagando su precio, no siendo posible la vía de obligar al edificante a quedarse con el terreno, por ser *res extracommercium*, en cuanto bien de dominio público. Sentencia analizada, en su estudio jurisprudencial, por: RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., págs. 3871-3945.

²⁵⁴SÁN FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 141 y 142.

²⁵⁵O al menos “simultánea”. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 379.

²⁵⁶La calificación del derecho de opción del artículo 361 del Código civil es hecha, entre otras, en las SSTs de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117), de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715), de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261), de 22 de julio de 1993 (RJ 1992/3905), de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240), y 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8227) que dispone: “la *quaestio iuris* se plantea en una doble posición. Se trata de un caso de accesión de buena fe, construcción en terreno ajeno que contempla el artículo 361 del Código civil que da opción al dueño de éste a hacer suya la obra o a exigir una venta, opción que no ha sido objeto de la demanda...”. Dentro de nuestra doctrina, Díez Pícazo, op. cit., pág. 303, y Alonso Pérez, M.: «Comentario...» cit., pág. 375 y ss.

²⁵⁷Díez Pícazo, op. cit., pág. 302 y Núñez Boluda, op. cit., pág. 118.

²⁵⁸Díez Pícazo, op. cit., pág. 303. perfila esta cuestión y considera que aunque nuestro Código civil, al conceder un derecho de opción al dueño del terreno parece también conferir al mismo la iniciativa para resolver el conflicto creado por la edificación, la jurisprudencia ha entendido que ello no impide la iniciativa del edificante para reclamar su derecho a la indemnización, aun antes y con independencia del derecho de opción del dueño del terreno. El dueño del terreno no podría oponerse a tal pretensión, alegando simplemente que no se ha respetado su derecho de opción, que deberá ejercitarlo al ser interpelado, es decir, al contestar la demanda mediante reconvencción. Vid. STS de 15 de octubre de 1962 (RJ 1962/3870)

sobre la edificación²⁵⁹, o sobre los materiales empleados²⁶⁰, y el dominio del *dominus soli* sobre el terreno en el que un tercero ajeno ha construido. Se creará una situación jurídica similar a la que tiene lugar en el derecho de superficie²⁶¹. Coexistirían dos propiedades²⁶², generándose una situación de disociación de la propiedad sobre el todo único formado por suelo y edificación²⁶³. Lo que explicaría que ninguno de los dos titulares pueda ejercitar la acción reivindicatoria²⁶⁴, en tanto en cuanto no ostenten la plenitud jurídica de la titularidad dominical. En este trámite, el propietario del suelo no puede reivindicar²⁶⁵ ni finca ni edificación, pues el constructor dispone de un derecho

²⁵⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 233 y ss., distingue dentro de este sector doctrinal mayoritario dos tomas de postura doctrinales diversas respecto a la posición del edificante, así jurisprudencia y un importante sector doctrinal (PUIG PEÑA, SANTOS BRIZ, ALBALADEJO, HERNÁNDEZ CRESPO, DORAL Y GARCÍA y TORRES LANA) consideran que el edificante únicamente ostenta la posesión de la obra que ha ejecutado con derecho a retenerla en garantía del cobro del gasto realizado para su ejecución. También, CUSI ESCOFET, op. cit., pág. 331. En este caso se pregunta si ¿es el edificio *res nullius* o al ser inmueble vacante no cabe adquirirlo por ocupación debiéndose entender que automáticamente es el Estado su propietario por aplicación del artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado? En segundo lugar, hay quien defiende la propiedad del edificio por su autor (DÍEZ PICAZO, CARRASCO PERERA, GARRIDO DE PALMA, MOLL DE ALBA...) y la concurrencia de dos propiedades separadas.

²⁶⁰ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 381, entiende justo pensar que mientras no sea indemnizado por el propietario del suelo el autor de la construcción, éste conservaría la propiedad de los materiales y podría recuperarlos si el edificio perece (*dominium dormiens* del Derecho romano), sin perjuicio de que la quiescencia del prístino dominio sobre los materiales no sea obstáculo para mantener el criterio de que suelo y construcción forman una unidad que pertenece al *dominus soli* desde el momento de la incorporación de la edificación al terreno. Pagada la indemnización por el *dominus soli*, el edificante pierde también el dominio separado de los materiales. Su empobrecimiento ha quedado resarcido y ya no existe fundamento alguno para que conserve dicho dominio. Desde el momento del pago, considera este autor que la pérdida o deterioro de los materiales es para el dueño del suelo y la destrucción del edificio no otorga al edificante ningún derecho a la separación.

²⁶¹FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “Comentario al artículo 361 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 3051.

²⁶²LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1018.

²⁶³A favor de esta posición recientemente se ha manifestado DÍAZ ROMERO, M^a.R., *La accesión inmobiliaria ante la tendencia unificadora del derecho privado europeo. Especial referencia a la construcción en suelo ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 71.

²⁶⁴HERRERA DE LAS HERAS, R., “El ejercicio de la acción reivindicatoria y las presunciones legales a favor del demandante”, en *Diario La Ley*, N^o 8567, 2015, pág. 1. No se podría ejercitar la acción reivindicatoria en caso de existir dos dominios porque ninguna de las dos partes ostenta una posición de plenitud jurídica y uno de los requisitos ineludibles para el ejercicio de la acción reivindicatoria es acreditar título legítimo de dominio sobre el bien o los bienes reclamados.

²⁶⁵Así lo manifestó el Tribunal Supremo en la STS de 23 de marzo de 1943 (RJ 1943/405) en coherencia con lo que ya había dicho la STS de 1928 pionera en este tema: “el juego de la accesión denominada industrial, mientras subsiste la opción que al dueño del terreno se concede, que puede fácilmente provocarse por el ejercicio de acciones adecuadas, ni el dueño del suelo ni de lo edificado sobre él gozan de la situación de plenitud jurídica que implica la titularidad de la acción reivindicatoria, que es lo que indirectamente dijo la jurisprudencia de este tribunal al resolver los casos contemplados por sus sentencias de 2 de enero y 21 de mayo de 1928, y el modo sagas como se acudió a su protección mediante el ejercicio de acciones interdictales o útiles, cuando precisaba conjugarlo con la concepción originaria del derecho de accesión y pretendía amortiguarse su primitivo rigor; y teniendo presente además, que la doctrina más general y autorizada, perfectamente acomodada al espíritu de nuestro ordenamiento le-

de retención como garantía y sólo, previo pago, podría hacer suya la construcción. Como tampoco podría el constructor registrar como propio el edificio, pues lo impedirían los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo.

Esta postura mayoritaria ha sido acogida, de modo constante²⁶⁶, por el Tribunal Supremo²⁶⁷, que de forma clara describe y recoge, entre otras muchas²⁶⁸, en la STS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715)²⁶⁹, cuando manifiesta:

«La doctrina jurídica dominante emanada en torno a la interpretación del precepto del artículo 361 del Código civil viene sosteniendo de manera uniforme que esta disposición legal no admite la accesión de forma automática en beneficio del dueño del terreno, a quien simplemente se concede un derecho potestativo consistente en optar “por hacer suya la obra” o,

gal, se niega a reconocer, justificadamente, la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejercitarse separadamente por el dueño del suelo y de lo edificado y aun rehúye la hipótesis de un condominio y por el deseo de cohonestar los intereses eventualmente contrapuestos, mantiene el rigor del principio de accesión, pero mitiga sus consecuencias económicas, sin atribuir entre tanto al dueño del suelo la plenitud de facultades sobre lo edificado y aun permitiéndole imponer al constructor la adquisición del fundo que es sustentáculo del edificio construido, sin el cual éste tampoco puede concebirse”. En idéntico sentido, las SSTS de 18 de marzo de 1948 (RJ 1948/467), de 17 de diciembre de 1957 (RJ 1957/535), de 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960/3782), 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), 31 de diciembre de 1987 (RJ1987/9715) y 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261)“, 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6275), más recientemente en la STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/547) y 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8227).

²⁶⁶Jurisprudencia uniforme desde la STS

²⁶⁷RUIZ-RICO y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3901, en su estudio jurisprudencial, consideran que el pago del valor de lo edificado no se erige como requisito de procedibilidad para la estimación de la demanda presentada por el *dominus soli*, al no existir precepto procesal ni sustantivo que lo exija. El pago del valor sería *condictio sine qua non* para la adquisición del dominio, pero no para la admisión a trámite de la demanda en la que el propietario del suelo ejercite su opción de adquirir la obra.

²⁶⁸Vid. también la STS de 19 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240), según la cual cuando se produce la situación descrita en el artículo 361 C.c. el propietario del terreno “no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante —terreno y obra— previo pago de la indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno: en este sentido es muy reiterada la doctrina jurisprudencial desde la Sentencia de 2 de enero de 1928 que dijo que mientras que no tuviera efecto la indemnización, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado... , cuya doctrina de no adquisición automática de lo edificado la han reiterado numerosas Sentencias: 4 de julio de 1928, 12 de mayo de 1930, 23 de marzo de 1943 (RJ 1943/405), 21 de diciembre de 1960 (RJ 1960/3782), 17 de junio de 1971 (RJ 1971/3250), 14 de junio de 1976 (1976/2752), 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/2132), 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), 11 de junio de 1985 (RJ 1985/3107), 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117), 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), 31 de diciembre de 1987 (RJ1987/9715) y 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261)”, y más recientemente en la STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/547) y 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8227). Vid también, GARCÍA GARCÍA, J. M., “Accesión”, en *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo, Derechos reales e hipotecario*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid, 1982, págs. 55 y ss., donde comenta la STS referida de 17 de junio de 1971 (RJ 1971/3250), entre otras.

²⁶⁹El motivo único del recurso se formula al amparo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, número 5º, por entender que la sentencia infringe el artículo 361C.c., en relación con el artículo 358 C.c., y la doctrina del Tribunal Supremo interpretadora de este artículo que se cita. Y se estima el recurso por las razones arribas expuestas.

contrariamente, por “obligar al constructor a la adquisición del terreno”. Ahora bien, este derecho potestativo o de configuración jurídica, que supone una facultad de decidir, conlleva necesarias contraposiciones. Y así, en el supuesto de que el dueño del terreno opte por hacer suya la obra deberá indemnizar de manera previa, o cuando menos simultánea, evitando con ello un enriquecimiento injusto por su parte y sin que hasta que la indemnización se haya producido, pueda el propietario del suelo ejercitar con éxito la acción reivindicatoria²⁷⁰ con relación a las construcciones levantadas sobre su terreno.

»Que si bien es cierto que el artículo 353 C.c. preceptúa que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos produzcan o se les una o incorpore natural o artificialmente, no lo es menos que conforme el artículo 358, un derecho se regula, cuando se trata de bienes inmuebles por los artículos comprendidos en la sección segunda del Título dedicada a esta institución y, por tanto, será de aplicación el artículo 361 C.c. a los casos en que se previene que el dueño del terreno en que se edifique o sembrase de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 C.c, o a obligar al que edificó o sembró a pagarle el precio del terreno, lo cual interpretado no sólo en su sentido literal sino en el sentido de que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en los artículos 453 del propio Código —sentencias

²⁷⁰ Así lo dijo el Tribunal Supremo en la STS de 23 de marzo de 1943 (RJ 1943/405), en coherencia con lo que ya había dicho la STS de 4 de julio de 1928, pionera en esta tesis, decía aquella: “mientras subsiste la opción que al dueño del terreno se concede, que puede fácilmente provocarse por el ejercicio de acciones adecuadas, ni el dueño del suelo ni de lo edificado sobre él gozan de la situación de plenitud jurídica que implica la titularidad de la acción reivindicatoria, que es lo que indirectamente dijo la jurisprudencia de este tribunal al resolver los casos contemplados por sus sentencias de 2 de enero y 21 de mayo de 1928, y el modo sagaz como se acudió a su protección mediante el ejercicio de acciones interdictales o útiles, cuando precisaba conjugarlo con la concepción originaria del derecho de accesión y pretendía amortiguarse su primitivo rigor; y teniendo presente, además, que la doctrina más general y autorizada, perfectamente acomodada al espíritu de nuestro ordenamiento legal, se niega a reconocer, justificadamente, la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejercitarse separadamente por el dueño del suelo y de lo edificado y aun rehúye la hipótesis de un condominio; y por el deseo de cohonestar los intereses eventualmente contrapuestos, mantiene el rigor del principio de accesión, pero mitiga sus consecuencias económicas, sin atribuir entre tanto al dueño del suelo la plenitud de facultades sobre lo edificado y aun permitiéndole imponer al constructor la adquisición del fundo que es sustentáculo del edificio construido, sin el cual tampoco puede concebirse”. En igual sentido consideran que la edificación en terreno ajeno no provoca un desplazamiento patrimonial sino solamente un derecho de opción las SSTS de 17 de diciembre de 1957, 2 de diciembre de 1960 que añade “por ello, ni el que realizó la edificación, ni el dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado, que el dueño del terreno sobre el que se edificó”, rechazan la reivindicación, igualmente, las SSTS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715), y de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/547). En otro orden de cosas, la Sentencia pionera en esta materia de 2 de enero de 1928 se encuentra comentada por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código civil”, *Diario La Ley*, 1985, Tomo 4, págs. 477 y ss.

de 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957—, puesto que la res nova que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361»²⁷¹.

En contra²⁷² de esta opinión doctrinal y jurisprudencial consolidada, un sector doctrinal minoritario²⁷³, en el que destaca ROCA SASTRE, que tilda de inadmisibles²⁷⁴ la accesión diferida y condicionada al pago, porque el Código civil, fiel a su tradición romanista, es contrario a los estados de indivisión²⁷⁵ en general “*communio est mater discordiarum*” y, en particular, a la disociación del dominio que provocaría tal posición, y defiende “a capa y espada”²⁷⁶ la integridad de la propiedad. Para este autor²⁷⁷,

²⁷¹En alguna Sentencia del Tribunal Supremo se ha dado incluso a entender que, el artículo 358 y el 361 C.c. plantean dos modos diversos de adquirir lo accedido, en tal sentido la STS de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8227), no parece una interpretación aceptable, pues como ya se ha visto aquél resulta incompleto y debe ser integrado con las previsiones de los artículos siguientes, incluido el 361 C.c.

²⁷²También mantiene esta postura el legislador catalán, que en artículo 278 de la Compilación de derecho civil de Cataluña, recogió la interpretación de ROCA SASTRE, y no hablaba ni de “previa indemnización” ni de la opción que asiste al *dominus soli* en el artículo 361 C.c. Y ello llevaba al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a considerar inaplicable el artículo 361 C.c. Así la STSJ Cataluña de 10 de mayo de 1993 disponía: “El artículo 361 del Código civil que se cita como infringido no constituye Derecho vigente en Cataluña por resultar excluido por un precepto incompatible del Derecho catalán cual es el artículo 278 de la Compilación, que no se limita a conformar un mejor derecho de retención, sino que regula además los efectos jurídicos de la edificación de buena y mala fe en terreno ajeno, sin que en el caso de edificación de buena fe se contemple un derecho de opción como por el contrario se recoge en el artículo 361” y en idéntico sentido la SAP de Tarragona de 24 de abril de 2004 “porque la Compilación de Derecho civil de Cataluña se acoge a un criterio distinto, siguiendo el Usatge si quis in alieno pues en el artículo 361 del Código se formula una declaración de derechos a favor del dueño del terreno en que se edificó, plantó o sembró...”. Opción hoy sí prevista en el artículo 542-7 para el supuesto de construcción en suelo ajeno con valor superior del suelo. Opción que se somete a un plazo de caducidad de tres años a contar desde la finalización de la obra, transcurrido el cual los constructores sólo pueden ser obligados a aceptar la adquisición forzosa del terreno. PEÑASCO VELASCO, op. cit., págs. 45 y 46, nota 111.

²⁷³Entre los partidarios de la accesión automática, destaca ROCA SASTRE, R. M^a., “Ensayo sobre el derecho de superficie”, *RCDI*, n.º 392-393, enero-febrero 1961, pág. 27, junto a otros autores como: GARCÍA GOYENA, op. cit., págs. 361 y 362; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 149; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 144 y 155; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 376; CUSÍ ESCOFET, op. cit., págs. 332 a 338; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ (DON JERÓNIMO), “El derecho real de superficie”, *Conferencias pronunciadas en los días 21 y 28 de enero y 8 de febrero de 1922*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1922, págs. 84 y 85; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 310 y ss., también en “El automatismo en la accesión inmobiliaria”, *RCDI*, N.º 729; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 143 Y 144.

²⁷⁴ROCA SASTRE, op. cit., pág. 27. Vid. DÍAZ FRAILE, J. M., “La aportación de don Ramón María Roca-Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficie”, *RCDI*, N.º 651, (Ejemplar dedicado a: Número conmemorativo del centenario de Ramón María Roca Sastre), Madrid, 1999, págs. 617-638.

²⁷⁵GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 149, nos recuerda en su obra que el Derecho romano consideró que la comunidad y fundamentalmente, su supuesto más importante, el condominio, era verdadera *mater discordiarum*, por lo que evitó siempre que fuera factible, los estados de indivisión.

²⁷⁶CUSÍ ESCOFET, op. cit., pág. 332.

²⁷⁷ROCA SASTRE, op. cit., pág. 28. Para este autor si no hay convenio que otorgue, a través de

el desplazamiento patrimonial de lo edificado por un tercero en terreno ajeno a favor del propietario del *solum*, se produce automáticamente sin que sea requisito necesario que se satisfaga la “previa indemnización”, ni se ejercite la opción que a favor del propietario señala el artículo 361C.c. De no ser así, no tendría razón de existir el derecho de retención²⁷⁸ que se reconoce a favor del edificante en terreno ajeno, ya que si fuera dueño de la obra, no necesitaría que se le reconociese tal derecho, que supondría²⁷⁹ un derecho de retención sobre cosa propia, “una figura monstruosa y disparatada: derecho de retención en garantía de un crédito sobre una cosa propiedad del acreedor”²⁸⁰.

También se le da su particular significación desde la óptica minoritaria, al requisito de la “previa indemnización” y a la controvertida expresión “tendrá derecho a hacer suya la obra”, que irán referidos a la adquisición de la posesión de lo edificado y no de la propiedad²⁸¹. Se produce, efectivamente, una disociación, pero no la pretendida por el Tribunal Supremo²⁸² y por el sector doctrinal mayoritario, sino otra que concurre

un derecho de superficie, la propiedad del edificio al edificante o, por el que el edificante además del edificio haga suyo el *solum*, obteniendo un dominio pleno, al edificante sólo le quedará una opción: la de ser indemnizado, siempre que haya actuado de buena fe. Entiende que el artículo 361 no significa excepción alguna al principio “*superficies solo cedit*”. Para él la expresión “tendrá derecho a hacer suya la obra...previa indemnización...” induce a pensar que, al ser el *dominus soli* libre de hacerla o no suya, no nos encontramos ante una norma de *ius cogens* pero el “Código mantiene, en todo caso, la integridad de la finca edificada, pues lo edificado se lo queda el *dominus soli* o el constructor, lo que es indicio de la negativa absoluta del Código de permitir la posibilidad de la propiedad separada, base vital del derecho de superficie”.

²⁷⁸Derecho previsto en el artículo 278. 1º de la Ley de accesión y ocupación de 31 de diciembre de 2001 que reconocía para el caso de buena fe en el edificante, el derecho de retención de lo “edificado, plantado o roturado en suelo ajeno... hasta que se reintegre, afiance o consigne judicialmente, el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios”. Derecho de retención no previsto de manera expresa en la nueva redacción que a tal supuesto se ofrece en la Ley Catalana de 5/2006 de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales

²⁷⁹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 147. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. pág. 119, Consideran que tal figura es imposible, conceptual y técnicamente porque solamente se retienen, en los supuestos previstos por la ley, las cosas ajenas en garantía de un crédito para el acreedor. Aunque el ingenio de los partidarios de la tesis del dominio separado (DÍEZ PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, MOLL DEL ALBA) no se agota y salvan el obstáculo de la imposibilidad de retención de cosa propia, considerando que la facultad de retener no se predica del edificio sino del suelo sobre el que está levantado cuya propiedad sí es ajena. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La accesión horizontal...*, op. cit., pág. 326.

²⁸⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 147, critica arduamente la postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de noviembre de 1902, que reconocía la propiedad del de constructor sobre la edificación y su cualidad de acreedor de la indemnización, además de su facultad de retención sobre “su propiedad” en tanto no sea indemnizado.

²⁸¹ROCA SASTRE, op. cit., pág. 27, entiende que la posesión no se transmite ipso iure, sí, en cambio, la propiedad de lo edificado por el principio *superficies solo cedit*.

²⁸²Puede verse algún titubeo o giño a la accesión automática en las SSTS de 12 de mayo de 1930 (JC, 113), de 14 de junio de 1976, de 6 de diciembre de 1958, (tomadas de NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 127) y 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759). Concretamente la de 14 de junio de 1976, establece a favor del *dominus soli* la adquisición del dominio del todo que implica por “imperativo legal la obligación indemnizatoria que determina el artículo 361” el TS no contempla la adquisición como requisito previo para la adquisición de la propiedad de lo edificado por el *dominus soli*, sino que el precio de compra, su determinación, se relega a un momento posterior, a la fase de ejecución de sentencia. La STS 27 de diciembre de 1980(RJ 1980/4759), dispone que el artículo 358 C.c., “no precisa de opción

con bastante asiduidad en muchos otros ámbitos del Derecho: la división entre la propiedad del todo (suelo y edificio), que en virtud del principio *superficies solo cedit* es del *dominus soli*, y la posesión, que recaería también sobre ese todo unitario y que corresponde al constructor. El *dominus soli* hasta tanto no ejercite su derecho de opción y satisfaga efectivamente la indemnización²⁸³, no podrá tomar la posesión de la obra, ya que el edificante podrá ejercitar el derecho de retención al que venimos haciendo referencia²⁸⁴, lo que además implica la entrada en juego de la posibilidad de llegar a adquirir ese todo por usucapión²⁸⁵.

Y aunque esta interpretación resulta, como afirma GULLÓN BALLESTEROS, más forzada que la tradicional, destaca este autor lo incoherente que resultaría, con arreglo a los principios tradicionales, que no haya adquisición dominical sin previo pago²⁸⁶, cuando la adquisición debe derivar necesariamente de la “traditio” o entrega de lo adquirido. El comprador no adquiere la cosa cuando la ha pagado, sino cuando, tras la perfección del contrato, le ha sido entregada (arts. 609 y 1095 del Código civil) y, sólo cuando hay pacto de reserva de dominio es BALa adquisición de la propiedad quede subordinada al pago total del precio, y no sea efecto de la “traditio”, pero —añade— que esta construcción jurisprudencial es ignorada por el Código civil, por ser posterior a su promulgación y, por tanto, “no fue tenida en cuenta por los redactores del artículo 361”.

A ello que habría que añadir que el sólo tenor literal de la palabra empleada “indemnización”, demostraría que no nos encontramos ante una transmisión de la propiedad mediante pago de una contraprestación en dinero, pues se hablaría de “precio”, de modo análogo a como ocurre en la segunda opción, en el inciso final del artículo analizado, donde sí nos encontramos con una auténtica venta forzosa. Para SÁNZ

ni de declaración previa para atribuir al propietario del terreno el dominio de lo construido sobre el mismo”. La STS de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6520) refiriéndose a un supuesto de construcción en finca ajena de buena fe, dispone: “la declaración de procedencia de la accesión es condición previa para que nazca la obligación del dueño de la cosa principal a indemnizar al poseedor de buena fe” y “hasta el momento en que se indemnice al poseedor de las mejoras realizadas en la cosa, no se haga entrega al que la ha adquirido por accesión declarada a su favor, de la tenencia material de la misma”.

²⁸³El pago de la indemnización debe ser considerado como una obligación nacida de la atribución de la propiedad al dueño del suelo, nunca como elemento necesario o requisito previo para que entre en juego la accesión. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 124.

²⁸⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 148.

²⁸⁵Hemos de precisar que tal disociación sólo se producirá en caso de construcción en finca ajena. En tal caso desde un principio y por efecto legal de la accesión el dueño invadido se concierte en propietario del todo que comprendería suelo y construcción; la posesión también recae sobre ese todo unitario e indivisible y correspondería al constructor. Sin embargo en el supuesto contemplado en el artículo 360 C.c., no habrá ningún problema a los efectos adquisitivos, ya que el *dominus soli* adquiere *ipso iure* y *ab initio*, desde la incorporación la propiedad de los materiales empleados. En contra de esto último ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., pág. 288, que defiende que el pago del valor de los materiales puede entenderse como una construcción sinalagmática suficiente para entender consumada la transmisión de la propiedad. Esta autor junto a CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 109 y ss., 193, 194, y 250, son padres de la expresión “sólo se adquiere por accesión cuando se paga por accesión”. Siguiéndolos BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., págs. 1484 y 1485, y MOLLDE ALBA LACUVE op. cit., pág. 115 y 116.

²⁸⁶GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 217 y ss.

FERNÁNDEZ²⁸⁷, la referencia a los artículos 453 y 454 C.c. es prueba indiscutible de que la indemnización no es la contraprestación de la transmisión del dominio, “pues entonces ni tendría la cuantía que fija el artículo 453, ni cabría la posibilidad de que en algún caso (mejoras voluptuarias) no fuera aplicable (el artículo 454)”.

En definitiva, desde esta perspectiva minoritaria²⁸⁸ que defendemos, también serían dos los términos de la opción contenida en el artículo 361 C.c. La segunda variante resulta coincidente en ambas posiciones doctrinales, pues en ambos casos se exige el pago del valor del terreno al constructor. Sin embargo, la primera opción se configura de manera diversa, y para este sector minoritario, lo que hace el *dominus soli* es aceptar el nuevo objeto de propiedad derivado de la incorporación indisoluble. Aceptación que es voluntaria, susceptible de ser rechazada, pero que de producirse genera la correlativa obligación de indemnizar para paliar un enriquecimiento injustificado padecido por el edificante que ha procedido de buena fe²⁸⁹, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 453 y 454 C.c.

Será éste el verdadero²⁹⁰ significado de las palabras de GARCÍA GOYENA cuando

²⁸⁷SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 148

²⁸⁸Paradójicamente y a diferencia de lo que ocurre en España, donde la automaticidad es defendida por una minoría, en Francia, salvo unos pocos como LEVIE, DE PAGE y ABERKANE, la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia e incluso la letra de la ley, el espíritu del Code (atendida la comunicación oficial hecha por el Tribuno Faure ante el Tribunal el 21 de enero de 1804), defienden la automaticidad de la accesión. COLIN Y CAPITANT, op. cit., pág. 863 y ss. Que de modo tajante entiende que cuando se incorporan muebles a un inmueble, el suelo es siempre la cosa más importante y los materiales lo accesorio y en caso de construcciones elevadas sobre el suelo, la propiedad corresponderá siempre al propietario del suelo aun cuando su valor resulte muy inferior al de los edificios. Considera que existe una concesión legal definitiva, pues la ley no subordina a ninguna condición resolutoria (posición defendida por ese sector minoritario francés). Otros autores franceses defensores de la automaticidad serían JOSSERAND que habla de “expropiación instantánea”, SAINT-ALARY que refiriéndose a la jurisprudencia francesa y con cita de las SSTCasación francés de 27/2/1905, 14/12/1923, 12/2/1962 y 12/3/1970, entiende la accesión del artículo 555 del Code, “automática y de pleno derecho” y finalmente GOUBEAUX. Doctrina citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 307, nota. 26. En Italia también son unos pocos los contrarios a la automaticidad de la accesión, respecto al Codice de 1865, destacan BERLINI y DE RUGGIERO, op. cit., págs. 603 y ss. Autor éste último muy crítico con el principio “*superficies solo cedit*”. A favor DUSI, B., *Istituzioni di diritto civile*, Vol. I, Unitipografica Pinerolese, Torino, 1930, págs. 336, 337 y 338. Lo mismo cabe decir respecto al Código vigente pese a que a primera vista puede hacer pensar en una accesión diferida por condicionarla a veces a un plazo de seis meses. Así lo defienden MONTEL, op. cit., págs. 134 y 135, DE MARTINO, op. cit., págs. 497 y 498. También la jurisprudencia, vid. STS Cassazione de 10 de marzo de 2011, nº 5739, se trata de una sentencia reciente muy importante que ha sido objeto de distintos comentarios por los juristas estudiosos de la accesión y de la usucapión. Respecto a la accesión, “denominada accesión vertical, se manifiesta en la preeminencia de la propiedad inmobiliaria: todos los bienes muebles que se unan materialmente a un bien inmueble accede a este, o sea, se convierte en propiedad del propietario del bien inmueble (art. 934). La adquisición de la propiedad actúa automáticamente...”. http://www.iusetnorma.it/articoli_commenti/cassazione_10_marzo_2011_n5739_usucapione_accessione_ammissibilita_cumulo_considerazioni.asp (31/08/2016).

²⁸⁹GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 362, manifiesta que el artículo 404, precedente del artículo 361C.c. “descansa en la regla de derecho civil o principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe”.

²⁹⁰DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit., págs. 489 y 490. Autor que, aunque defensor de la tesis de la

al comentar el artículo 404 del Proyecto de 1851²⁹¹, (precedente del artículo 361 C.c.) emplea la expresión “salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401” (correlativos a los actuales 353 y 358 C.c.), al referirse a la doble opción del *dominus soli*, esto es, GARCÍA GOYENA toma como punto de partida que la accesión opera siempre *pro domino soli*, por el principio *superficies solo cedit*, ex artículos 396 y 401 del Proyecto, y llega a la conclusión de que la excepción a la que se refiere el precepto, significa que el dueño del suelo como dueño automático de lo edificado, por el principio *superficies solo cedit*, puede hacer en el supuesto de hecho contemplado por la norma (artículo 404 del Proyecto, hoy 361 C.c.) lo que en otros casos no puede, obligar al que edificó a comprar el terreno²⁹².

Se considera desde este sector minoritario²⁹³, que la accesión pueda resultar dañina o ser indeseable que se imponga una obra a quien no la hizo por su voluntad²⁹⁴ y, por tanto, es posible que el propietario del suelo no la quiera o, incluso, que no pueda pagar al constructor el valor de la misma. De ahí la opción y el inciso final del artículo 361 del C.c.²⁹⁵, pues, como acertadamente puso de relieve SÁNCHEZ ROMÁN²⁹⁶, el propietario no ha de pasar forzosamente por las consecuencias de la accesión y puede desligarse de las mismas imponiendo la venta del suelo, “no ha de perder su derecho por el hecho ajeno sino siempre por el suyo propio”. Opción, que si bien protege al *dominus soli*, en cuanto propietario del suelo invadido, en nada perjudica al constructor

automaticidad de la accesión, ve en la expresión de GARCÍA GOYENA “salva lo dispuesto por regla general en los artículos 369 y 401”, una posible excepción a la regla general de la automaticidad de la accesión, considera que “las citadas palabras de García Goyena permiten sostener que, en su opinión, el precepto antecedente del artículo 361 C.c. se considera una excepción a la regla general de la accesión” que es en principio automática. A reglón seguido titubea cuando opina que “desde luego también hay lugar a pensar que la excepción consiste en que el dueño del suelo, si bien dueño automático de lo edificado, puede hacer lo que en otros casos no cabe, es decir, obligar al que edificó a comprarle el terreno”

²⁹¹GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 361 y 362.

²⁹²CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 312, advierte en relación a la expresión “salva lo dispuesto” del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 404 del Proyecto de 1851, referida al supuesto de hecho hoy contenido en nuestro artículo 361, que hay autores, como DE ÁNGEL YAGUEZ, que han querido ver en ella una excepción a la regla general de la accesión (que como tal, en principio es automática). Aunque se advierte en el autor un titubeo cuando afirma: “Aunque desde luego también hay lugar a pensar que la excepción consiste en que el dueño del suelo, si bien dueño automático, de lo edificado, puede... obligar al que edificó a comprarle el terreno”.

²⁹³SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 149 a 153; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 147; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 377 y ss.

²⁹⁴Destaca NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 120, que el propietario no adquiere imperativamente, por la fuerza, pues “el Derecho repugna que alguien pueda ser obligado a adquirir bienes, y salvaguarda la voluntariedad mediante las técnicas de la aceptación o repudiación”.

²⁹⁵La controvertida frase del artículo 361 C.c. sirve, no para que el dueño pueda adquirir, sino más bien para que pueda no aceptar la propiedad de lo construido y liberarse del pago de la indemnización. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 119 y ss.

²⁹⁶SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 149 y ss.

que deseaba hacer para sí la obra²⁹⁷ al creer que estaba legitimado para ello²⁹⁸.

Siendo lo expuesto la razón de ser de la crítica que tímidamente entona la doctrina más moderna dentro de este sector minoritario, respecto al término que da nombre a esta postura doctrinal, “automaticidad”. NÚÑEZ BOLUDA²⁹⁹, considera excesivo hablar de “teoría de la adquisición automática”. No defiende una adquisición “la quiera o no el propietario”, pues éste es libre de optar por no aceptar el incremento de su propiedad y quedar así liberado del pago de la indemnización por lo edificado imponiendo una compra forzosa al constructor.

Para alcanzar tal conclusión, reflexiona en términos análogos a como ya lo hizo en Italia STOLFI respecto a la segunda opción. Según este autor, el *dominus soli*, “sólo vende al edificante el suelo; sobre lo construido no llegó a aceptar la adquisición de propiedad operada a su favor, porque renunció a tal adquisición...”. Para este autor, si se aceptara la teoría de la adquisición automática, “el dueño del suelo vendería no solamente el suelo, sino también la construcción, si bien sólo podría cobrar el valor del suelo, lo que no deja de ser un tanto extraño”.

La réplica a tal crítica y reflexión la encontramos en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA³⁰⁰. Para él “ciertamente sería extraño”, si no se cae en la cuenta de que nos encontramos ante una simple compensación, carecería de sentido cobrar una obra que el propietario del suelo no costó a quien, por el contrario, la hizo y asumió su coste, es más añade que, posiblemente, en el supuesto de hecho que analizamos, no sería necesario ni liquidar el estado posesorio de la obra, pues lo más probable es que hasta el momento del ejercicio de la opción y rechazada la primera variante (la adquisición de la propiedad), será el constructor quien posea la obra. En definitiva, para él, respecto al suelo, se estaría ante una renuncia onerosa, “pero del edificio, cuyo valor no se ha pagado, la renuncia será abdicativa”, pues de ser onerosa habría un flagrante enriquecimiento injusto.

El único problema que vemos oponible a tal conclusión lo encontramos en el artículo 359 C.c., en la presunción de que la obra ha sido costeadada por el propietario del suelo, más, no debemos olvidar que estamos ante una presunción “*iuris tantum*” y no “*iuris et de iure*”.

Desde luego, la tesis impugnativa de la tradicional es la que mejor parece acomodarse al recto significado jurídico de la accesión, que no es un derecho a adquirir o a obligar a otro a hacerlo, sino un mecanismo de adquisición³⁰¹. El legislador parece haber sido consciente de que por la accesión se le impone al propietario del suelo una

²⁹⁷En contra FALCON, op. cit., pág. 144, que entiende que si bien es verdad que el que edificó demostró que lo quería para sí, lo hizo en errónea creencia de creerse dueño. La Ley de modo injusto forzaría su voluntad por un “hecho inocente” del que considera no debe responsabilizarse.

²⁹⁸Añade CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 313, que el constructor no puede rechazar tal venta como algunos pretenden refiriéndose a FALCON.

²⁹⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 120.

³⁰⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 319, nota. 48.

³⁰¹GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 217 a 236.

obra que no hizo, ni adquirió *ex voluntate*³⁰², y que quizá no pueda, ni siquiera asumir su coste. Por ello, entiende justo y proporcionado que pueda deshacerse de la misma mediante la venta forzosa al constructor de buena fe³⁰³, en justa proporción a la forzosa accesión impuesta por ley³⁰⁴.

4.2.4.2. El ejercicio efectivo de la opción del artículo 361 C.c.

El ejercicio de la opción por parte del propietario del suelo es cuestión muy controvertida, íntimamente ligada a la posición que se mantenga respecto a la naturaleza y significado de la opción contenida en el artículo 361 C.c.

Desde la interpretación tradicional y mayoritaria del precepto referido se entiende que, una vez realizada de buena fe una edificación por un tercero con material propio, surge a favor del propietario del suelo una simple expectativa de dominio³⁰⁵, calificada como derecho potestativo o de configuración jurídica³⁰⁶, que le permite optar entre hacer suya la obra “previo” pago de una indemnización, u obligar al constructor a comprar el terreno.

Como tal, esa expectativa de dominio, que procedemos a examinar, parece que solamente puede existir admitiendo la tesis mayoritaria y tradicional, porque desde la óptica de la automaticidad, una vez aceptados los términos de la accesión, únicamente se genera una obligación de compensar un enriquecimiento injusto. Pago considerado, desde el sector doctrinal minoritario, no como causa de la adquisición³⁰⁷, sino como condición legal para el comienzo de los efectos de la accesión que deben retrotraerse al momento de la incorporación.

El problema radica en que el Código civil no regula el régimen jurídico del acto de ejercicio de ese derecho de configuración, lo que nos obliga a detenernos en la interpretación tradicional del artículo 361 C.c. y tratar de ofrecer respuesta a las interrogantes que se suscitan.

³⁰²CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 314.

³⁰³El legislador parece haber tenido la buena fe como dato clave para no dar lugar al automatismo de la accesión. GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 225 y 226, lo cree así y considera que *no hay duda de que las expresiones gramaticales* (usadas por el artículo 361 del Código civil) *pueden reforzar esta idea “tendrá derecho a hacer suya”; “previa indemnización”*.

³⁰⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 315, concluye tajantemente: “Nada hay, pues, que justifique introducir *ex novo*, frente a la historia y al resto del mundo jurídico, una accesión condicionada”.

³⁰⁵El Auto de STS 22 de julio de 1997 (RJ 1997/9373), dispone que el artículo 361 “no atribuye el dominio por sí sino solamente una expectativa de dominio”.

³⁰⁶Vid. STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261) que dice que el derecho de opción reconocido por el artículo 361 está “considerado doctrinalmente como un derecho potestativo o en formación, entre adquirir lo construido abonando la indemnización legalmente prevenida, o a obligar al edificante que le abone el valor del terreno. . .”.

³⁰⁷Recordad en este punto la conocida frase de CARRASCO PERERA, “sólo se adquiere por accesión cuando se paga por accesión”. CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 250.

A. Legitimación activa

El artículo 361 C.c. circunscribe la titularidad del derecho de opción al dueño del suelo³⁰⁸ que ha experimentado la ventaja de la incorporación³⁰⁹ y, por tanto, ha de ser él quien la ejercite. Es más, no cabe, en caso de enajenación del suelo, por quien fue propietario cuando se construyó, la reserva del derecho de optar por la adquisición de lo edificado, ni es posible la enajenación aislada de tal derecho reservándose la propiedad del *solum*. En sintonía con lo anterior NÚÑEZ BOLUDA³¹⁰ considera que la posibilidad de optar, más que un derecho es una facultad ínsita a la propiedad del suelo y se transmite necesariamente con éste³¹¹.

La opción se ejercitará contra el edificante o también frente a sus causahabientes, pues al ser el derecho del edificante, desde la óptica tradicional, un auténtico derecho de propiedad, nadie pone en duda que será transmisible “inter vivos” y “mortis causa”, incluso, recordemos que en su día fue “hipotecable” (artículo 107.1º de la Ley Hipotecaria)³¹². Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, ni el constructor, ni

³⁰⁸La misma solución es de aplicación cuando la nueva construcción o edificación se emplaza sobre propiedad ajena, aun cuando no esté emplazada directamente sobre el suelo. Así por ejemplo en el supuesto de construcción de una nueva planta (STS de 15 de octubre de 1972). DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 303.

³⁰⁹MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 192.

³¹⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 128 a 133.

³¹¹En este punto MANRESA, op. cit., págs. 191 y 192, con cita de LAURENT, manifiesta que en caso de transmisión del terreno, el obligado a indemnizar en caso de que se opte por la primera posibilidad que ofrece el artículo 361 C.c., es aquel que era propietario en el momento en que se hizo la construcción. Aunque el Tribunal de Casación de Francia decidió que el tercer poseedor podía dirigirse con el comprador, salvo, por supuesto, el derecho de éste frente al vendedor. RICCI cuando comenta el artículo 450 del Código civil italiano de 1865 dice “con la ayuda de los principios la cuestión es fácil de resolver. Cuando el tercero construye en suelo de otro, hace obra en provecho y utilidad de aquel que en tal momento es el propietario del suelo, de ahí que la indemnización deba ser cosa suya y de nadie más. Debe advertirse, además, que el nuevo propietario adquiere la cosa en el estado en que se encuentre, y por tanto ha pagado por ella al adquirir todo lo construido; ¿cómo obligarle a pagar entonces?” Sin duda, afirma MANRESA, aunque el tercero pueda dirigirse contra el dueño actual del terreno, la indemnización debe correr a cargo de quien se ha aprovechado de la accesión.

³¹²Derecho de propiedad que en su día fue hipotecable por el derogado artículo 107.1º de la LH de 1861. El referido precepto contemplaba la hipoteca sobre edificio construido en suelo ajeno, y sin embargo, no permitía, ni regulaba la propiedad pro diviso, ni calificaba el derecho del edificante como derecho de propiedad, ni definía de qué derecho se trataba. Para ROCA SASTRE, op. cit., pág. 28 se trataba de un supuesto superfluo que “no puede entrar en juego” por ser imposible en tal caso la constitución de una hipoteca. Para este autor el precepto planteaba un doble dilema: o bien el constructor adquiere la propiedad de lo edificado, en cuyo caso estaríamos ante un derecho de superficie, expresamente contemplado en el apartado quinto del mismo artículo 107 LH, o bien el constructor no adquiere la propiedad del edificio, en cuyo caso “mal puede hipotecar lo que no tiene” de conformidad a lo previsto en el número segundo del artículo 1857 C.c. El supuesto contemplado en el derogado artículo 107. 1º, sólo lo concebía subsumible en el previsto en el artículo 361 y ss del código civil y, si no hay convenio que otorgue, a través de un derecho de superficie, la propiedad del edificio al edificante o, por el que el edificante además del edificio haga suyo el *solum*, obteniendo un dominio pleno, al edificante sólo le quedará una opción: la de ser indemnizado, siempre que haya actuado de buena fe. En idéntico sentido BIANCHI, quien ha construido sobre terreno de otro no tiene sobre lo construido un derecho real, sino un simple derecho personal contra el propietario del suelo y por tanto la hipoteca constituida

el posible adquirente de la edificación podrán otorgar escritura de obra nueva, ni de la transmisión, pues se lo impedirían los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo³¹³.

Aun cuando sea cierto que el Código civil no concede al edificante el derecho de opción y parece otorgar exclusivamente al *dominus soli* la iniciativa para la solución del conflicto de intereses planteado, la jurisprudencia³¹⁴ ha entendido, y la doctrina³¹⁵ defendido, que ello no impide la iniciativa del edificante para reclamar su derecho a ser indemnizado, aun antes y con independencia del derecho de opción del dueño del terreno, y sin que pueda éste último oponer que no se ha respetado su derecho de opción. El propietario del suelo se verá obligado al ser interpelado a su ejercicio, esto es, cuando conteste la demanda, mediante la oportuna reconvencción.

B. Capacidad exigida para su ejercicio

En cuanto a los requisitos de capacidad para el ejercicio del derecho de opción del artículo 361 C.c., debemos preguntarnos si se trata de un acto de administración o un acto de disposición. Esto sin duda, puede tener gran relevancia en supuestos en los que el dominio del suelo pertenezca en común a varias personas, o a una comunidad matrimonial como puede ser la sociedad ganancial, o a una persona cuya capacidad de obrar se encuentre limitada, también para decidir las facultades de un apoderado del dueño del suelo.

Para DÍEZ PICAZO³¹⁶, la opción para adquirir la edificación por el *dominus soli* caería dentro de los actos de ordinaria administración, mientras que la imposición de venta al constructor supondría una enajenación. Para LÓPEZ VILAS³¹⁷, ambas op-

en tales condiciones resultaría inexistente por falta de objeto. ROCA SASTRE, *Instituciones de derecho hipotecario*, T. III, Bosch, Barcelona, 1942, pág. 110.

³¹³ARNÁIZ RAMOS, R.: «La inscripción...» cit, pág. 63 y ss. La declaración de obra nueva como acto de transcendencia registral, está sujeto a los principios de legitimación y tracto sucesivo (artículos 1.3, 20, 38.I y 97 LH) Se precisa la previa inscripción del inmueble a favor del declarante, pero nada impone que esté inscrita una construcción realizada (y no inscrita) por un propietario anterior; no rige aquí el principio de tracto sucesivo respecto a la obra declarada. CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª edición, Dilex, Madrid, 2000, pág. 88. Añaden, que no supone ninguna modificación patrimonial, ni afecta al derecho de propiedad, y por tanto no está sujeta a las reglas de capacidad que rigen los negocios sobre inmuebles. De tal modo que, un comunero la podrá declarar por sí solo, en contra del criterios de la RDGRN de 20 de febrero de 1969 (RJ 1969/4155) que consideró que se trata de una alteración del artículo 397 C.c. También puede ser otorgada por uno sólo de los cónyuges, aunque se trate de un inmueble inscrito a nombre de ambos cónyuges. En caso de un menor, bastará la simple capacidad natural de entender el sentido de su declaración.

³¹⁴Vid. SSTS de 21 de mayo de 1928 (JC, 1), citada por DÍEZ PICAZO, op. cit. pág. 303, de 23 de marzo de 1943 (RJ 1943/405), 15 de octubre de 1962 (RJ 1962/3870), y 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715).

³¹⁵GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 228 y 229, DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 303, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 131.

³¹⁶DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 302 y 303.

³¹⁷LÓPEZ VILAS, “Comentario al artículo 361 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, T I, Dir. por C. Paz Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador, Madrid, 1991, pág. 1016.

ciones (desde la tesis tradicional), serían consideradas actos de disposición. Y en esta línea NÚÑEZ BOLUDA³¹⁸ entiende evidente que, en la variante de exigir al edificante el pago del valor del terreno, hay una enajenación y será preciso tener la capacidad necesaria para actos de disposición o, en caso de capacidad de obrar limitada, cumplir con el requisito de la autorización judicial previsto en los artículos 166, 185³¹⁹ y 271³²⁰ C.c. Y para el supuesto de optar por hacer suya la obra previo pago de la indemnización, considera que, el *dominus soli* lleva a cabo algo más que un acto de administración ordinaria, se trataría de una actividad de gestión, de explotación de los bienes o del patrimonio que tiene como fin la obtención del normal rendimiento del bien o del patrimonio de conformidad a su destino. El propietario del suelo estaría adquiriendo un bien. No obstante, esta autora puntualiza y califica de manera diferente según la entidad de la obra. Así si es de escasa transcendencia (pequeña reparación o mejora de escasa entidad) lo concibe como acto de administración, pero si se trata de una edificación nueva o de gran relevancia que produzca una alteración del objeto, será un acto de disposición.

Idénticas conclusiones se alcanzan respecto a la capacidad y facultades de representación en el edificante, teniendo en cuenta que su posición en la relación jurídica será la contraria a la del propietario del suelo. Por tanto, para que el dueño pueda hacer suya la obra, el edificante deberá tener capacidad de disposición que le permita enajenar la edificación, y para adquirir el solar y pagar su precio, capacidad general para contratar y adquirir bienes.

Si la propiedad del terreno perteneciera a varias personas en proindivisión, entendemos que las dos variantes del artículo 361 C.c., no son actos de administración, no pueden ser ejercitadas por cada uno de los condueños individualmente, ni por mayoría de cuotas, sería necesaria la unanimidad³²¹. Al igual que si la construcción hubiere sido realizada por varios en común, existiendo igualmente una comunidad de bienes. No estaríamos ante una mera reclamación de cantidad, sino que al existir desde la óptica tradicional una suerte de dominio dividido, los edificantes serían titulares de lo edificado en concepto de propietarios, y la transmisión como acto de enajenación del inmueble precisaría el consentimiento de todos los comuneros. Como es sabido, cada comunero puede actuar por todos en defensa o en beneficio de la comunidad, pero cualquiera de las opciones analizadas conlleva una modificación jurídica del fundo, una alteración de la cosa común que, aun siendo ventajosa, queda expresamente prohibida por el artículo 397 C.c., salvo que todos los condóminos hayan actuado de consuno.

Admitir lo contrario, conduciría a resultados absurdos analizados por NÚÑEZ BOLUDA que tomado como punto de partida el artículo 399 C.c. y la posibilidad de cada condueño de enajenar o disponer individualmente de su cuota. Ante tal posibilidad, si un condueño optase por pedir que el edificante le pague el precio de su cuota en

³¹⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 128 y 129.

³¹⁹Artículo redactado por el apartado treinta y ocho de la disposición final primera de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria (B.O.E. 3 de julio), vigente desde el 23 de julio de 2015.

³²⁰Artículo redactado por L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor.

³²¹Argumento a favor de la nota de la automaticidad en la adquisición de la propiedad por accesión.

ese terreno, el resto de condueños estarían legitimados para ejercitar su derecho de retracto³²² (artículo 1522 C.c.), dando lugar a una redistribución de las cuotas sobre el suelo. Circunstancia que no afectará a los derechos que pudiere ostentar el edificante sobre lo edificado. Pero si por el contrario, no se ejercitara el derecho de retracto y entrase el edificante en la titularidad del suelo, se caería en el absurdo de que los otros condueños optasen por hacer suya la obra y no vender el resto de cuotas al edificante. Situación parecida a la que se llegaría si el condueño opta por hacer suya parte de la obra proporcional a su cuota y paga su parte de la indemnización, complicando, aún más, la situación pues el edificio pasaría a ser propiedad de edificante y condómino³²³.

C. Forma en la que ha de ejercitarse la facultad de opción por el *dominus soli*

Como forma de exteriorización de la opción, parece admisible tanto una declaración de voluntad expresa por el *dominus soli*³²⁴, como una declaración de voluntad tácita³²⁵ que dimanase de actos tales como aprovecharse de la obra, disfrutarla, poseerla como dueño, y puede ejercitarse de forma judicial³²⁶ o extrajudicial. LACRUZ³²⁷ puntualiza que la opción expresa estaría implícita en cualquier intento de desalojo del incorporante, como por ejemplo, cuando se interpone demanda de conciliación para que se sirva en desalojar en un plazo determinado, dado que ello implicaría que el demandante quiere hacer suya la obra y correlativamente quedaría obligado al pago de la indemnización (Vid. STS de 25 de noviembre de 1985 —RJ 1985/5898—). Sin embargo, lo afirmado resulta matizable, pues si bien es cierto que la libertad de forma, como regla general de nuestro Derecho, es un argumento que justifica las afirmaciones vertidas, hay que reconocer que la forma tácita se aviene mucho mejor con la tesis minoritaria de la automaticidad, pues no hay duda de su idoneidad para expresar la aceptación de la propiedad a favor del *dominus soli* por una incorporación inseparable en su *solum*. Desde la óptica tradicional se impone la necesidad de “previa indemnización”

³²²DÍEZ SOTO, C., *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10737. El retracto de comuneros, cuyos antecedentes se remontan a las Partidas (Partida V, Ley 55) y a las Leyes de Toro (Ley 75), se concede en caso de enajenación de una cuota, por venta o dación en pago, en cualquier supuesto de comunidad ordinaria, con independencia de que se trate del derecho de propiedad. Su fin es posibilitar que se ponga fin a la situación de comunidad considerada por el legislador indeseable por los inconvenientes jurídicos y económicos que lleva aparejados.

³²³En caso de ser varios los edificantes, entre ellos existiría una comunidad de bienes y se plantearían idénticas situaciones a las contempladas para el caso de condominio del *solum*.

³²⁴Bien porque el *dominus soli* ha vencido en pleito de reivindicación, o porque requerido el edificante se ha allanado a la pretensión. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 154.

³²⁵DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 302; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 132, que se refiere a la libertad de forma como regla general en nuestro derecho; BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1492.

³²⁶GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 228 y 229, considera que cuando no se parta del reconocimiento de ningún derecho al tercero constructor, parece claro que el tribunal en su sentencia, que, por el contrario, lo reconozca, debe dar al *dominus soli* la posibilidad de opción ejercitable en el periodo de ejecución del fallo, pues no habría necesidad de que ese extremo resultase objeto de controversia a ventilar en el periodo expositivo del pleito, dado su carácter legal e imperativo. También puede ocurrir que sea el tercero el que demande al *dominus soli* en cuyo caso será éste último interpelado a optar.

³²⁷LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 139.

o, al menos, simultánea al ejercicio de la opción y no es posible considerar ejercitada y adquirida la obra sin efectuarse el preceptivo pago³²⁸. En tal caso, la interpretación que parece correcta sería la consideración de que tales actos, aunque insuficientes para la adquisición de la propiedad que se producirá con el pago de la indemnización, sí bastarán para que, al menos, se tenga por elegida la opción de la adquisición.

Pero mientras el propietario del suelo no se decida por la adquisición y una vez ejercitada la opción, pague lo debido, se creará una situación “interina o intermedia de perfiles muy borrosos”³²⁹. Por un lado, el constructor será un poseedor de buena fe del terreno, o de la obra, al menos, y por otro, la adquisición de la propiedad de lo edificado quedará sin resolver. . . ¿hasta cuándo?

³²⁸Dentro de los partidarios del dominio dividido, y de la accesión diferida encontramos la particular postura de CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 449 a 480, que analiza los derechos del propietario del suelo en el supuesto de construcción en suelo ajeno con materiales propios de buena fe. CARRASCO PERERA parte de que la accesión no es causa de la adquisición de la propiedad de lo construido por el *dominus soli*, porque así lo impone la Ley; pues para adquirir la propiedad es necesario que el *dominus* opte por tal adquisición y pague. Conecta tal idea con la Ley del suelo y entiende que el *ius aedificandi* no es una facultad inherente al dominio sino una atribución realizada por el Planeamiento. Postura en su día ya defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA y amparada, en cierto modo por la Ley del Suelo. Y sobre la base de, por un lado, la necesidad de una toma de decisión por el *dominus soli*, unida a la necesidad de que el Plan de ordenación urbana conceda la facultad de edificar al propietario de un suelo, éste autor formula su tesis conocida como “Principio de equivalencia”. Si el *dominus soli* no tiene concedido por el Plan el derecho a edificar, tales construcciones serían “nulas de pleno derecho”, por ser contrarias a normas imperativas y en consecuencia el *dominus soli* no podría ejercitar ninguna de las dos opciones que le concede el artículo 361 C.c., tan sólo exigir al constructor la retirada de lo construido y el restablecimiento del estatus urbanístico violado. Es indudable que la Ley del Suelo junto con el Planeamiento, son normas que tendrán efecto sobre lo construido y deben ser respetadas por quien construya, y estará bajo riesgo de sanción Administrativa su transgresión. Sanción que podrá implicar, incluso, la demolición de lo construido. Sin embargo, la normativa urbanística y la reguladora de la accesión tienen esferas de aplicación diferentes e independientes y como afirma NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 146 y 147, que se construya contra legalidad urbanística no modifica lo que dispone el artículo 361, a lo sumo podrá influir en la decisión que tome el *dominus soli*. Partimos de la base de que el problema no se plantearía, si el *dominus soli* tiene atribuida la facultad de edificar en su *solum*, sino solamente cuando el propietario del suelo no tiene tal facultad de construir en el mismo. En tal caso, es evidente que el tercero tampoco la tendrá y la Administración le denegará la preceptiva licencia de obras o parará las obras en caso de haberlas iniciado u ordenará su demolición si se ha llevado a cabo su ejecución. Pero también puede ocurrir que transcurra el plazo de cuatro años a contar desde la terminación de las obras y prescriba la acción administrativa para proceder contra tales construcciones y conseguir el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida. Prescrita la infracción las normas de la accesión podrán entrar en juego sin problemas, pero también lo harán dentro del plazo en el que la obra está en situación claudicante y cuya demolición puede ser ordenada. La Ley del Suelo, ni deroga, ni deja en suspenso su aplicación. Será como concluye NÚÑEZ BOLUDA, ilógico que el *dominus soli* decida hacer suya la propiedad de lo construido contra normativa urbanística y pague la indemnización a que tiene derecho el edificante. Pero en tal caso, él decide aceptar lo edificado y pagar por ello asumiendo el riesgo de sufrir una pérdida económica. También entiendo posible la posibilidad de obligar a quien construyó, con transgresión de la normativa del planeamiento, a adquirir el terreno. Construyó porque quiso con conocimiento de tal infracción y en base a la doctrina de los actos propios, deberá pagar el valor del suelo, a riesgo de que la construcción sea demolida. Eso sí, pagará el precio correspondiente a la calificación del suelo como no urbanizable.

³²⁹DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 302.

D. Plazo de ejercicio

La concreción de plazo, dentro del cual, es necesario llevar a cabo el ejercicio de la opción, es otra cuestión sumamente controvertida, concretamente, desde la óptica tradicional. La tesis mayoritaria parte del hecho de que la incorporación no hace dueño al propietario del suelo de lo incorporado, sino que provoca el nacimiento de ese derecho de optar que estamos analizando³³⁰ que habrá de considerarse análogo al de una acción real o de carácter personal.

Con concierto, respecto a que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad, y que el “dies a quo” para su cómputo no es el comienzo efectivo de la edificación, sino cuando el *dominus* conoció o hubiere podido conocer la edificación, hay autores como LÓPEZ VILAS³³¹ y DÍEZ PICAZO³³², que entienden que el plazo para optar está sometido a la prescripción extintiva de las acciones reales, esto es, al plazo de 30 años. Otros como GULLÓN BALLESTEROS³³³, matizan tal posición. Duda éste autor, que la opción “entendida como lo hace la tesis tradicional, tenga naturaleza real...”, para él “se trataría de un derecho a adquirir o a vender o a arrendar (en caso de plantación —añado—)”. Es más, considera posible que la primera de las opciones se concéptue como de naturaleza real por analogía con los derechos de adquisición preferente (tanteo, retracto, opción inscrita registralmente)³³⁴, pero lo rechaza respecto al otro término de la opción que tendría naturaleza de acción personal cuyo plazo de prescriptivo se ha visto considerablemente reducido, a cinco años, por la Ley 42/2015 de 5 de octubre.

Postura opuesta, es la mantenida por ALONSO PÉREZ, para él, el derecho de adquirir lo incorporado o vender el terreno, como derecho potestativo³³⁵ resultaría *difícil*

³³⁰Recordemos que los partidarios de la accesión diferida entienden que, para que exista la accesión deben concurrir, además de los requisitos constitutivos ya analizados (existencia de dos cosas pertenecientes a distintos propietarios, entre los que no existe vínculo jurídico y unión inseparable, en donde una de las cosas tiene el carácter de accesoria y otra de principal) otros presupuestos como la posibilidad de opción del *dominus soli* por la adquisición de la obra y su efectivo pago. Pero una cosa es el momento en que se cumplen los requisitos de la accesión, y otra, bien distinta, que puedan quedar en suspenso sus efectos hasta producido un evento o hecho posterior, posibilidad que existe en el campo de los negocios jurídicos a través del juego de las condiciones suspensivas, aunque la accesión, no sea un negocio jurídico, sino un hecho de la realidad.

³³¹Para LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1016 y ss., se ha puntualizado por la mejor doctrina sostenedora de la tesis de la accesión diferida, que es de naturaleza real la acción del dueño del suelo, aunque relacionada con una eventual y posible usucapación del constructor.

³³²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 302.

³³³GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 227 a 231.

³³⁴DÍEZ SOTO, op. cit., pág. 10663 y ss. analiza los “derechos de adquisición preferente” de un modo detallado.

³³⁵Para TORRES LANA, J. A., *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid, 1982, pág. 3, en el caso del artículo 361 nos encontramos con lo que se podría llamar opción de origen legal porque surge automáticamente y por imperativo de la ley, cuando ocurre un supuesto de hecho determinado. Para este autor la opción plantea problemas jurídicos, y, sin embargo, considera que en esencia la facultad o poder de optar, no tiene una significación jurídica, por sí sola, es más bien, una manifestación concreta de esa propiedad, común a toda persona, que llamamos libertad. Aunque reconoce que adquiere esa significación jurídica cuando el Derecho la reconoce o la concede como consecuencia de una particular

*encorsetarlo dentro de la categoría de un derecho personal o real, y no es viable aplicarle el régimen de las acciones reales o personales*³³⁶. En cualquier caso, considera este autor, son muchos treinta años (plazo de prescripción de las acciones reales sobre inmuebles, según el artículo 1963, apartado 1º C.c.), e incluso quince (hoy cinco años), según el artículo 1964 C.c. *in fine, para mantener sobre el autor de la accesión la espada de Damocles*³³⁷ suspendida, con el fin de conservar separadas unas propiedades en contra de los dictados del *superficies solo cedit*, tan nítidamente formulado en el artículo 358 C.c. Se ampara con ello situaciones de abuso por parte del constructor que aprovecha durante ese lapso de tiempo lo edificado, en tanto el *dominus soli* resulta privado de la posibilidad de ejercitar las facultades básicas ínsitas en su derecho de propiedad sobre el *solum*. Es más, según esta tesis dominante, crítica con el *superficies solo cedit*, el constructor que es poseedor de buena fe del terreno ajeno y que incorpora un solar (según ellos generalmente de menos valor) a su construcción, estaría, al ser considerada la accesión como justo título, sobre la base del *accessorium sequitur principale*, en vías de usucapir (art. 1952 C.c.)³³⁸ si el *dominus soli* obra con aquiescencia y no interrumpe la posesión del edificante durante el transcurso del lapso de tiempo exigido legalmente. El transcurso de los diez años previstos en el artículo 1957 C.c., sin oposición del dueño del terreno, determinaría que el incorporante se convirtiera en propietario del *solum*. Afirmación muy discutible al no existir justo título, pero sorprendentemente amparada por el TS en la sentencia de 25 de febrero de 2010 (RJ 2010/1794), que resuelve un supuesto en el que frente a una demanda declarativa de dominio sobre una franja de terreno ocupado, la parte demandada formula oposición que fundamenta en la adquisición de la propiedad del terreno ocupado por prescripción adquisitiva (ordinaria de diez años). El juez de primera instancia desestima la demanda y acoge la excepción de prescripción adquisitiva esgrimida por la Comunidad demandada. También la Audiencia, rechaza la pretensión de la actora y desestima el recurso por falta de identificación de la finca titularidad de los actores. Finalmente el TS sigue “los razonamientos del Juzgado de Primera Instancia, según los cuales, cualesquiera que fueren las demás circunstancias concurrentes, es lo cierto que el terreno actualmente ocupado por el edificio Habanera y sus accesorios es propiedad de la Comunidad de Propietarios del mismo, habiendo sido adquirido hace ya muchos años en virtud de prescripción ordinaria de diez años (artículo 1957 C.c.), tal y como argumenta correctamente el Juzgado...”.

Por último, SÁNZ FERNÁNDEZ, responde con maestría a la pregunta sobre cuándo puede el propietario hacer uso de la opción, distinguiendo distintas hipótesis. Cuando la cuestión se plantee frente a un poseedor vencido en reivindicación, habrá de hacerlo en el momento de hacerse cargo de la finca, o al ser demandado por el poseedor para el pago de la indemnización prevista en los artículos 453 y 454 C.c. En los demás casos,

situación jurídica como es el supuesto contemplado en el artículo 452 y del 361 C.c.

³³⁶ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 375.

³³⁷ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 375.

³³⁸ Tur Faúndez, M^a N., “Comentario al artículo 1957 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. IX, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13254 y ss.

al ser una consecuencia³³⁹ del dominio del suelo, parece que sea posible en cualquier momento sin que esté sujeta a una caducidad o prescripción especial, pues como deriva de su cualidad de propietario podrá ejercitarla mientras mantenga tal cualidad.

Postura que a simple vista puede parecer que deja la opción siempre al arbitrio y capricho del *dominus* por tiempo indefinido. Aunque en realidad el *dominus soli* perderá todo derecho cuando pierda el dominio del suelo, bien por prescripción extintiva³⁴⁰, bien por usucapión del edificante³⁴¹. Éste último, fuera o no poseedor con anterioridad, lo será siempre desde la edificación, pudiendo así adquirir por este medio el dominio.

E. La facultad de optar en el derecho catalán

Debemos centrar nuestra atención en la polémica doctrinal suscitada en Cataluña, en términos casi idénticos a la ya analizada respecto al ejercicio de la opción contenida en el artículo 361 del C.c. Concretamente, el legislador catalán, de un modo análogo a como lo hizo el Codice de 1942, para el supuesto de construcción en terreno ajeno, con mayor valor del *solum* y buena fe en el edificante (artículo 542-7 C.c.c.³⁴²), prevé

³³⁹Para NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 132, considera la exigencia del plazo como otro argumento más en contra. Considera que la opción como facultad inherente al dominio del solar es imprescriptible. De admitir la prescripción de la acción transcurridos treinta años o cinco, se produciría con carácter indefinido la dudosa figura del dominio pro-diviso.

³⁴⁰Cuestión siempre polémica ha sido el fundamento de la prescripción extintiva; pues en principio parece extraño que simplemente por el no uso pueda verse alguien privado de su derecho. Las justificaciones que ha ofrecido la doctrina han sido muy diversas: se ha basado en la renuncia tácita del titular del derecho, en el mantenimiento del buen orden social, en el intento de evitar las dificultades en la prueba de las relaciones jurídicas que se prolongan indefinidamente en el tiempo (probatio diabólica), en la idea de sanción contra el propietario que actúa negligentemente con sus bienes, en la seguridad jurídica que no puede lograrse si las situaciones inciertas se mantienen prolongadamente, siendo necesario que el derecho objetivo ponga fin a las mismas. Todas ellas son válidas, si bien sólo contemplan aspectos parciales de la institución. Pero, en definitiva, lo cierto es que la prescripción, aunque puede dar lugar en ocasiones a situaciones injustas, constituye una necesidad de orden, pues sin ella se primaría la negligencia en el ejercicio de los derechos. Gracias a la prescripción se logra una purificación en el tráfico jurídico que impide las reclamaciones desleales por parte de quienes no se consideran merecedores de la protección del ordenamiento, dada la pasividad con que se comportan sobre sus derechos. Enciclopedia jurídica (<http://www.encyclopedia-juridica-biz14com/d/prescripcion-extintiva/prescripcion-extintiva.htm>).

³⁴¹MORALES MORENO, A.M., “Posesión y usucapión”, *Portal Jurídico de la Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN: 1575-720-X, Madrid, 1972, págs. 186 y ss. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6276/6749> (11-11-2016).

³⁴²El artículo 542-7 del Código civil Catalán dispone: “1.- El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: a) Hacer suya la totalidad de la edificación y de la parte del suelo ajeno pagando los gastos efectuados en la construcción y el valor del suelo ajeno. b) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar” Añade en su apartado 2: “La facultad de opción que el apartado 1 otorga a los propietarios del suelo caduca a los tres años de haber finalizado la obra. Una vez transcurrido este plazo sin que los propietarios la hayan ejercido, los constructores solo pueden ser obligados a aceptar la opción a que se refiere la letra b.” Y no se prevé a favor del *dominus materia* el derecho de retención en tanto no sea indemnizado, al que sí aludía expresamente el artículo 16 de la LAO, al igual que la anterior Compilación de derecho civil catalán que, en caso de que existiese buena fe, permitía retener “lo edificado, plantado o roturado en suelo ajeno...”,

un plazo trienal de caducidad para el ejercicio de la referida opción. Extremo que ha motivado que la pendencia de ese lapso de tiempo sea concebida por un sector doctrinal, como expectativa a la operatividad de la accesión, abonando con ello la postura doctrinal mayoritaria de la accesión diferida. Interpretación que entendemos ajena a la realidad, por cuanto la *voluntas legislatoris* sobre la accesión, con carácter general, ya quedó clara en los Trabajos preparatorios del Libro V del Código civil catalán, tras manifestar en su artículo 542-1³⁴³, similar al artículo 353 C.c. (aunque inspirado más en el artículo 948 del Código civil de Québec), que: “L’article vol establir clarament el moment en que es produeix l’accessió, establint que és en el moment de la incorporació i, d’altra banda, evitar l’enriquiment injust establint les indemnitzacions que corresponguin”. Es por ello que no cabe ver una aplazamiento en la accesión en el supuesto contemplado en el artículo 542-7 C.c.c, ni siquiera por el transcurso del plazo de tres años, porque caducado el mismo, la accesión se habría producido previamente por la unión de la obra al suelo, a favor del dueño del *solum* que, al no haber hecho efectiva su accesión mediante el pago al invasor el valor de la obra (también del suelo para el caso de construcción extralimitada)³⁴⁴, *ex lege* se presume *iuris et de iure*, que renuncia tácitamente a la accesión ganada y se le impone la venta del suelo invadido al constructor, con la obligación de reintegrarle el equivalente al valor del *solum*.

F. Recapitulación

Entendemos, en relación al ejercicio de la opción contenida en el artículo 361 C.c. como normas más seguras:

1. El *dominus soli* podrá ejercitar su opción en cualquier momento, mientras conserve la propiedad del *solum*.
2. La opción podrá ser ejercitada expresa o tácitamente. De una u otra forma surgirá a favor del edificante un derecho de crédito a la indemnización o una obligación a pagar el suelo, y el edificante podrá tomar la iniciativa procesal en reclamación de su indemnización, o incluso suplicando se le venda el suelo, obligando al *dominus* a tomar una decisión en un sentido u otro. Más, al no ser necesario el pago para la transmisión efectiva de la propiedad, si el dueño no mantiene una postura de absoluta pasividad, sus actos frecuentemente podrán interpretarse como aceptación tácita, obligándole tal manifestación tácita de voluntad en términos exactos a la opción expresa.
3. Si el dueño de la finca opta por hacer suya la obra y desea recuperar la finca, bien porque haya vencido en juicio de reivindicación o bien porque requerido judicial

hasta que se reintegre, afiance o consigne judicialmente, el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios”. PEÑASCO VELASCO, *De la accesión...*, op. cit., pág. 74, nota 183.

³⁴³El artículo 542-1 de la Ley 5/2006, frente a la complejidad de la redacción operada por el legislador de 1889, manifiesta que: “La propiedad de un bien atribuye el derecho de adquirir, por accesión, lo que se le une, con la obligación de pagar, si procede, la indemnización que corresponda”.

³⁴⁴ALONSO PÉREZ, M. T.: «La accesión inmobiliaria en el Derecho catalán», *Actualidad civil*, N° 3, sección A Fondo, T. I., La Ley, Madrid, 2010, págs. 250 y ss.

o extrajudicialmente el edificante se ha allanado a su pretensión, la opción debe ser hecha previamente a la entrega de la posesión, y satisfecha la indemnización de conformidad a lo preceptuado en el artículo 453 y 454 C.c.

4. Si el terreno fuera inalienable, no hay opción, y su propietario no tendrá más alternativa que hacer suyo lo incorporado mediante indemnización³⁴⁵. Así el Tribunal Supremo considera que, en tal supuesto, excepcionalmente, “el Estado sólo puede ejercitar su facultad de quedarse con lo edificado pagando su precio”, y excluye la vía de la compra forzosa por el edificante al tratarse de una *res extracommercium* (Vid. STS de 11 de junio de 1985 —RJ 1985/3107—)³⁴⁶, en idénticos términos la STS de 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/2132) “. . . es doctrina de esta Sala que cuando el terreno es inalienable no hay opción y su dueño solamente tiene el derecho que le confiere tal precepto de hacer suyo lo incorporado, mediante indemnización, por la misma razón, en el caso contrario, esto es, cuando lo construido no sea susceptible de apropiación por los particulares al haber pasado el predio al dominio público o comunal, el dueño del inmueble, perdida la facultad de hacer suya la obra, conserva la otra facultad que le confiere el repetido artículo 361, por lo que podrá obligar al constructor a pagarle el precio de la finca”.
5. Una vez ejercitada la opción, y elegida la primera de las alternativas, la accesión retrotrae sus efectos al momento de la unión indisoluble, de modo parecido a lo ya manifestado en 1929 por BRISSE SAINT MACARY³⁴⁷, que distinguía dos momentos, un primero, donde la accesión existe en estado “virtuel”, incluso ignorándolo los interesados. Y un momento posterior de “realisation”, donde las reglas de la accesión entran en juego para disciplinar el conflicto de intereses creado con retroacción al momento de la unión³⁴⁸.

³⁴⁵Añade ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 289, y por la misma razón, en el caso contrario, es decir, cuando lo construido no sea susceptible de apropiación por los particulares por haber pasado el fundo a dominio público o comunal, el *dominus soli*, perdida la facultad de hacer suya la obra que le confiere el artículo 361 C.c., conserva la facultad de obligar al constructor a pagarle el precio de la finca. En Italia BRUGI, B., *Della Proprietá*, Vol. I., Napoli, 1911, págs. 223, excluye la aplicación del artículo 432 del Codice de 1865 al supuesto en el que la edificación se encuentre ejecutada en suelo demanial, y por tanto no podrá ser la construcción declarada propiedad del constructor.

³⁴⁶Comentada en el estudio jurisprudencial de RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3900.

³⁴⁷Advierte NÚÑEZ BOLUDA, que el problema de la retroacción o no de los efectos de la accesión al momento de la unión por parte de los defensores de la tesis de adquisición diferida apenas ha sido tratado por nuestra doctrina y cita dentro de la doctrina francesa a BRISSE SAINT MACARY, *De l'accession artificielle immobiliere: essai d'un fondement juridique rationnel*, Burdeos, 1929, págs. 52 y ss. También en la tesis doctoral inédita de DROSS, W., “Le mécanisme de l'accession. Elements pour une théorie de la revendication en valeur”, 2000, pág. 108 y ss. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. págs. 66 y 68, notas 158 y 159.

³⁴⁸Recordar que las dos fases de la accesión, analizadas en la parte primera de este trabajo, esto es, la inmovilización por incorporación y el traslado dominical a favor del *dominus soli* se produce en un “instant de raison”, como diría POTHIER.

4.2.4.3. Primera elección. Adquisición de lo incorporado con abono de su valor

En caso de que el propietario acepte las consecuencias de la accesión y opte por quedarse con el edificio construido, debe indemnizar al edificante. La obligación de indemnizar se establece en términos categóricos en el artículo 361 C.c., y su concreción se hace por el Código civil con respeto a los precedentes del Derecho romano³⁴⁹, por remisión a lo previsto en los artículos 453 y 454, que disciplinan el régimen de las expensas y gastos en la posesión de buena fe.

Pero antes de entrar en el examen concreto de la indemnización, debemos plantearnos y resolver, una serie de cuestiones previas.

A. La remisión del artículo 361 a los artículos 453 y 454 C.c. Régimen de la accesión y régimen de las mejoras en el Código civil. La edificación *ex novo* como criterio diferencial

Si la construcción en suelo ajeno se concibe como una mejora que conlleva una utilidad para el *dominus soli*, como lo pone de manifiesto la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/1627)³⁵⁰, hay que dar una explicación a la dualidad de regímenes que el Código civil dedica a la liquidación de impensas, y cuestionarnos si las reglas y criterios contenidos en los artículos 451 y ss. C.c. en materia de liquidación del estado posesorio, son trasladables sin más a sede de accesión, de tal modo que ambos bloques normativos se apliquen conjuntamente.

Para un sector doctrinal³⁵¹, la edificación en suelo ajeno de buena fe se concibe como un “suceso de liquidaciones posesorias”³⁵² donde un no propietario ha mejorado la finca. Desde ésta perspectiva, el artículo 361 C.c. se presentaría como una mera técnica indemnizatoria³⁵³, un régimen de reembolso de impensas posesorias³⁵⁴. Sin embargo, este mismo sector reconoce que de la confrontación entre ambos bloques normativos, se suscitan varias y relevantes divergencias³⁵⁵: a) los artículos 453 y 454

³⁴⁹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 154.

³⁵⁰Vid la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/1627), que considera la utilidad o beneficio patrimonial del *dominus soli* como “requisito esencial que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma”.

³⁵¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 149, entre otras. Y siguiéndole fielmente MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., 164 a 169.

³⁵²RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3874, rechazan la postura de CARRASCO PERERA, y la consideran que tal autor realiza tal afirmación “sin demasiada reflexión”.

³⁵³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 155, destaca que de ser así entendida la remisión, parece que existan distintos criterios en la indemnización en función de la naturaleza de la edificación, es decir, dependientes de que la edificación se encuadre dentro de las expensas necesarias, útiles o voluptuarias y la contradicción entre ambos bloques normativos sería absoluta.

³⁵⁴CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 18 y 19.

³⁵⁵También GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 226 y 227, entiende que no es exacta la visión de equiparar ambos bloques normativos porque no toda construcción, plantación o siembra es por sí misma una mejora, además de partir de la base de que el régimen jurídico de accesión y mejoras es diferente. Para acreditar tal extremo y para convencerse de que no es un tema baladí decidirse por una tesis u otra, entiende suficiente con observar la opción que concede al *dominus soli* el artículo 361, además de sus

C.c. no reconocen a favor del *dominus soli* la opción reconocida en el artículo 361 C.c. entre “hacer suya la obra” u “obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terreno”, esto es, la imposición de una compraventa forzosa; b) el constructor de mala fe no tiene reconocido en el artículo 362 C.c. derecho alguno por los gastos realizados, mientras que los artículos 453 y 454 C.c. le reconocen un derecho a reintegrarse por los gastos necesarios; c) tampoco el poseedor de mala fe del artículo 455 C.c. puede verse constreñido a retirar la mejora a sus expensas, a diferencia de lo previsto en el artículo 363 C.c. Por último, al poseedor de buena o mala fe se le niega el *ius tollendi* de las mejoras que no han de cobrar en los artículos 453 y 454, mientras que una previsión semejante no consta en las normas de accesión³⁵⁶.

Pero como bien advierte DÍEZ PICAZO³⁵⁷, una construcción no tiene por qué suponer siempre una objetiva mejora del fundo, pues ello dependerá del tipo, función, y calidad de la construcción. Caben, pues, construcciones que no son en sentido estricto mejoras, por no ser necesarias o de las que no deriva ninguna utilidad y lo más importante hay mejoras que no significan directa incorporación, respecto a las cuales se admite el *ius tollendi* que supone la posibilidad de separación y por ende, la inexistencia de incorporación o unión indisoluble en sentido estricto, de tal modo que no constituyen un supuesto de accesión.

De ahí, que desde la óptica doctrinal minoritaria se defienda que la remisión que el decisivo artículo 361 C.c. hace a la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 C.c. deja patente que nuestro Código se mueve en dos ámbitos, dos bloques normativos³⁵⁸; por un lado, el estrictamente dominical, regulado en los artículos 358 y ss. C.c. en donde se dilucida la cuestión de la atribución dominical (*superficies solo cedit*), el destino final de la obra o instalación³⁵⁹, y en el que la remisión a las normas

derechos en caso de mala fe del tercero.

³⁵⁶CARRASCO PERERA, op. cit., págs. Y 150. 149 ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 377, nota. 18. Confiesa este autor su perplejidad ante las afirmaciones de CARRASCO PERERA de considerar que en el artículo 361 del Código civil (también el artículo 360) no haya una técnica de adquisición, sino de restitución de mejoras “los manes de ALONSO MARTÍNEZ y demás padres legisladores, que reposan tranquilos una vez regulada la accesión con orden y lógica, se habrán sobresaltado al oír hablar de mejoras en estos preceptos” critica afirmaciones de CARRASCO PERERA como “que el artículo 361 no responde a la pregunta a quién pertenece la mejora, sino a esta otra: a quién se le atribuye el valor patrimonial que representa la mejora” o “que el tema de la propiedad no es tema del artículo 361, ni probablemente se pensó en él” y considera que tales afirmaciones son no sólo querer revolver macabramente las cenizas de los autores del Código y pasar por alto la doctrina jurisprudencial, que siempre centra el artículo 361 en la adquisición de la propiedad mediante la correspondiente indemnización al incorporante de buena fe (“hacer suya la obra, siembra o plantación”), y sobre todo prescindir del enunciado del Título II del Libro II, del Código civil, referido a la propiedad y donde se incluye el derecho de accesión como una de sus manifestaciones genuinas, y por tanto el artículo 361 C.c.

³⁵⁷DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298.

³⁵⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1465

³⁵⁹Bloque normativo, en el que nuestro legislador trata de plasmar unas reglas de atribución del dominio al propietario de la cosa principal, el *solum*, de aquello que se le ha unido de forma indisoluble y que ha sido transformado por el trabajo del hombre. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (una revisión crítica de la accesión invertida)”, Fundación Registral, 2009, Madrid, pág. 236.

posesorias, lo es, al sólo efecto de la cuantificación de la indemnización³⁶⁰; y por otro, el de la resolución del problema del destino de frutos, gastos y mejoras de la cosa y su cuantificación, una vez devuelta la posesión a su dueño, como consecuencia de una disputa sobre su propiedad y cuyo tratamiento se contiene en los artículos 451 y siguientes del Código civil³⁶¹. Esto nos lleva necesariamente a la conclusión de que el régimen jurídico de las accesiones y mejoras es diferente. Las reglas y criterios contenidos en los artículos 451 y ss. C.c. no pueden ser trasladables sin más a la accesión inmobiliaria industrial.

La clave para evitar contradicciones entre ambos bloques normativos y poner fin a la polémica doctrinal aludida, la encontramos en el concepto que se adopte del término edificación en el artículo 361 C.c. y, en general, en las reglas de la accesión, bien como edificación en sentido estricto, esto es, como obra cualificada o de nueva planta³⁶², o bien, como edificación en sentido amplio, que abarcaría cualquier labor de fábrica, incluida una simple reparación u obra de mantenimiento de edificios ya existentes.

La edificación, entendemos debe ser concebida, en el primero de los sentidos referidos, como “obra cualificada” o “*ex novo*”, lo que implicará una mejora del suelo, además de ofrecer una utilidad³⁶³ o beneficio al *dominus soli*³⁶⁴. Por el contrario, las obras que tuvieren carácter necesario o voluptuario entrarán dentro del régimen de las expensas posesorias y serán disciplinadas directamente por los artículos 453 y 454 C.c., pero no por el artículo 361 C.c. En este sentido, resulta particularmente descriptiva la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/1627) que exige que la obra nueva (una bodega) construida por los demandados reconvinientes suponga “un beneficio patrimonial para el dueño del terreno”, extremo que el Tribunal Supremo concibe como “requisito esencial que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma y que impide su aplicación a favor del constructor”.

³⁶⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit. NÚÑEZ BOLUDA, M.D., “Concepto, elementos y efectos de la accesión”, pág. 20. <http://vlex.com/vid/concepto-elementos-efectos-accesión-284321>.

³⁶¹RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., págs. 3874 y 3875.

³⁶²RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3880.

³⁶³En contra GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 228, que refiere en su artículo que el requisito de que la actividad del tercero sea beneficiosa para el *dominus soli*, no aparece recogido en el artículo 361 C.c., sino sólo el hecho de la construcción, plantación y siembra. El tercero de buena fe, no puede verse constreñido en sus derechos sobre la circunstancia de que la obra realizada haya resultado útil o no al propietario del suelo. Es más considera éste requisito “inútil”, porque si el *dominus soli*

³⁶⁴En caso de que no le reporte ningún beneficio o enriquecimiento al *dominus soli* la obra, un sector doctrinal incluso se ha planteado la posibilidad de obligar al constructor a restituir el terreno a su estado originario por encontrarnos ante una lesión patrimonial. Ahora bien, como afirman RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3903, “ello no puede llevar al *dominus soli*, en ningún caso, a disponer de la facultad de exigir la destrucción del edificio a costa del constructor de buena fe, por cuanto la ley en tal caso condiciona en buena medida al *dominus soli* a optar por la segunda alternativa de vender el terreno al edificante”. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 371, defiende la postura de que el propietario del suelo debe indemnizar sólo en la medida de que las obras le resultaren beneficiosas, y cuando, por el contrario, le fueron perjudiciales, no sólo no se justificaría la indemnización sino que además procedería la reclamación de daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 1902 C.c.

A1. Argumentos doctrinales a favor de un concepto amplio de edificación

La doctrina mayoritaria y más cualificada: SCAEVOLA³⁶⁵, ALBALADEJO³⁶⁶, DÍEZ PICAZO³⁶⁷, SERRANO ALONSO³⁶⁸, LÓPEZ VILAS³⁶⁹, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA³⁷⁰, NÚÑEZ BOLUDA³⁷¹ acepta un concepto amplio de obra en sede de accesión, en general, y respecto al supuesto contemplado en el artículo 361 C.c., en particular. Concepto que entienden ha de ir referido a cualquier tipo de edificación o construcción con absoluta independencia de cuál sea su destino o de los materiales empleados. Los argumentos que esgrimen son los siguientes:

1. En Roma, el único requisito exigido en los textos romanos para que operase la *inaedificatio* era que las cosas unidas perdieran su individualidad con carácter permanente o estable³⁷². Luego no sólo la edificación, en sentido propio, sino toda obra del hombre fijada de manera estable al *solum* (PACCHIONI), o cual-

³⁶⁵SCAEVOLA, “Comentario al artículo 359 C.c.”, Comentarios al Código civil, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca, T. VI, editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 292. Para este autor las mejoras y reparaciones hechas en los predios se equiparan a las tres formas mencionadas de accesión, edificación, plantación y siembra... Aunque no aparecen citadas en los demás artículos y sólo se las incluye en el principio general del art. 358, cree este autor que están sujetas al mismo régimen general. Y pone como ejemplos de mejoras y reparaciones: el abono dado a una finca, los riegos para su mayor fertilidad, los instrumentos agrícolas que se acompañen a la heredad, el desmonte del terreno, los trabajos de urbanización, etc. Y con ocasión de su comentario al artículo 359 C.c. afirma: “Si bien no cita el art. 359 las mejoras o reparaciones hechas en los predios, inútil parece decir que deben incluirse en el espíritu general que a aquel informa, como ya tenemos advertido al estudiar el artículo. 358, porque además igualmente debe presumirse que son del dueño del suelo en que se han practicado, presunción cuya razón de ser es la misma que la que aplicamos a las obras, siembras y plantaciones”.

³⁶⁶ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 289, nota 24. Con carácter general establece que los gastos que haga el poseedor de buena fe, deberán ser reintegrados por el que le sucede en la posesión de conformidad a lo establecido en los artículos 453 y 454. Si bien subraya que la jurisprudencia advierte (véase la SES de 17 de junio de 1971 en su considerando antepenúltimo) que el deber de indemnizar presupone (aunque la ley no lo diga expresamente) que lo hecho resulte beneficioso para el dueño del terreno. Cuando no lo sea no justifica la indemnización

³⁶⁷DÍEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 297.

³⁶⁸SERRANO ALONSO, E., “La accesión de bien mueble a inmueble. Una interpretación del artículo 361 del Código civil”, *RDP.*, 1981, pág. 676.

³⁶⁹LÓPEZ VILAS, R., “Comentario al artículo 358 C.c.”, *Comentarios del Código civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1006. Defiende la inclusión en el marco de la accesión de “mejoras o reparaciones”. “Se trata, por tanto, de obras fijadas indisolublemente al suelo o añadidas a las nuevas construcciones razón por la cual se ha dicho con razón que pese a que el C.c. habla reiteradamente de edificación, el término que mejor conviene es el de construcción, pues el legislador no excluye que lo realizado fuese una obra distinta de la edificación que se une o incorpora de forma permanente al suelo”.

³⁷⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 229

³⁷¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 45 y ss.

³⁷²En Derecho Romano se admitía cualquier tipo de obra, pese a la concepción del edificio de modo diverso al actual, como cosa compuesta por los bienes muebles —o materiales— que lo integran y no sólo como inmueble por su adhesión al suelo. BIONDI, B., *Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Bosch, Barcelona, 1961, págs. 137 y ss. “Cosas simples y cosas compuestas” considera al edificio como suma de singulares cosas pertenecientes a propietarios diversos.

quier reunión de materiales con un fundo en un todo único mediante una construcción, fábrica o edificación (WINDSCHEID)³⁷³ entraba dentro del concepto *inaedificatio*³⁷⁴.

2. Respecto al derecho histórico, esgrimen, por un lado, el Fuero Juzgo (Libro X, título I, Ley 6^a) que habla de hacer casa o viña en heredad ajena, distinguiendo entre plantación y edificación exclusivamente, y por otro, Las Partidas, que con su habitual exactitud, fijan un concepto de edificación con bastante amplitud. Así, la Partida 3^a, título XXVIII, Ley 38 referida a la construcción con material ajeno, dice: “Metiendo algún ome en su casa o en alguna otra obra que fiziese, cantos e ladrillos, o otra cosa semejante, que fuese ajena; después que alguna destas cosas fuese asentada. . .”. Y respecto al supuesto objeto de análisis el de edificación en terreno ajeno, La Partida 3^a, título XXVIII, Ley 41, reza: “Heredades ajenas compran o ganan los omes a buena fe, e después que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, como torre, casa, u otro edificio. . .”.
3. También se aduce el Derecho comparado, en el que la cuestión de cuando la unión forma una edificación (aunque abordada con distinta terminología), resulta idéntica en el fondo. Así, para el Código civil alemán la clave está en la distinción de partes integrantes esenciales y no esenciales y pertenencias de las cosas que conduce a la solución que ofrece el § 946 BGB³⁷⁵, aplicable a todos los supuestos de accesión industrial: “Si una cosa mueble se une a una finca de manera que se convierte en parte integrante esencial de ésta. . .”, lo que significa que sólo la unión que produce la transformación de los bienes muebles o materiales en partes integrantes produce edificación; no, la que los convierte en parte integrante no esencial o mera pertenencia.

Para el Derecho francés, y con carácter general, para todos los ordenamientos herederos de su sistema, la respuesta se haya en la distinción entre bienes inmuebles por naturaleza, incorporación o por destino. Así, PLANIOL³⁷⁶ exige, para hablar de edificación que los materiales se incorporen al *solum* y añade que no se dará la edificación si los muebles se convierten en inmuebles por destino. Para RAOUL DE LA GRASSERIE³⁷⁷, no es necesario que la construcción sea una obra nueva, sino que bastaría con una incorporación por naturaleza “le mot ouvragres est aussí general que possible”, y pone como ejemplo un adoquinado. Consideran que en el sistema francés el 553 del Code y su desarrollo en el 555, al igual que ocurre con el artículo 358 CC,

³⁷³ WINDSCHEID, exige que esos materiales empleados en la obra no puedan recuperar la primitiva individualidad. Citado por SANFILIPPO, C., Voz “Accessione (Diritto Romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura de Ernesto Eula y Antonio Azara, Torino, 1957, pág. 131.

³⁷⁴ SÁNZ FERNÁNDEZ, A., op. cit., pág. 119.

³⁷⁵ Los § § 946 y 951 BGB, remiten los derechos resultantes de la construcción en suelo ajeno a los principios del enriquecimiento injusto y las normas que reglamentan las mejoras (Verwendungen), su destino y régimen.

³⁷⁶ Citado por SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 122.

³⁷⁷ Citado por NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 35, nota. 74

manifiesta una vocación de universalidad en lo referente al alcance objetivo de la regla de accesión: construcciones, plantaciones y obras de cualquier tipo³⁷⁸.

En definitiva, para este sector doctrinal³⁷⁹, lo importante es la “inmovilización”³⁸⁰ por su unión inseparable al suelo. Equiparándose así, el concepto de edificación, a lo que el artículo 334. 1º C.c. llama *construcciones de todo tipo adheridas al suelo*.

Defienden que tal amplitud de sentido, se ha mantenido en nuestra tradición jurídica hasta la actualidad³⁸¹; de ahí el “todo” del artículo 353 CC, “lo edificado... y las reformas o reparaciones” a que se refiere el art. 358 CC, la inclusión omnímoda de “todas las obras” del art. 359 CC, o la de “construcciones y obras”, del 360 o las expresiones genéricas de “edificar” de los artículos 361 y 362 CC, o de “obra” del 363 CC. Es por ello que DÍEZ PICAZO³⁸² sostiene, que cuando el Código civil habla de edificación, construcción y obra, se está refiriendo a toda actividad por virtud de la cual se incorpora al suelo de forma fija y permanente una nueva instalación, esto es, para él “edificación” puede ser, lo que vulgarmente se conoce por edificio, como construcción de fábrica hecha para habitación o usos análogos empleando materiales sólidos y duraderos, pero también cualquier otra instalación, aunque su finalidad no sea aquella. Puede serlo, por tanto, una edificación nueva o sustitución de una antigua (cfr. artículo 518 C.c.), e, incluso considera que tiene cabida dentro del concepto amplio de edificación que el Código civil profesa, la reforma de carácter meramente conservativo (Vid. STS 9 febrero 2006, RJ 2006/547)³⁸³ y la ampliación de una edificación ya existente.

En definitiva, de acogerse esta postura doctrinal y su concepto amplio de edificación, las obras susceptibles de ser incluidas en él son, por tanto, de muy variada

³⁷⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 136. Aclara este autor que mientras el CC estos efectos “de la reivindicatoria (frutos e impensas)” se localizan en el marco genérico de la posesión, en el Derecho francés, “para el cual la posesión no es más que un apéndice del régimen de la prescripción adquisitiva, la normativa de impensas y de frutos pertenece íntegramente al capítulo de la accesión (arts. 550 y 555)”.

³⁷⁹ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 286, entiende que las normas reguladoras de la accesión y de la materia conexas con ella sólo procede aplicarlas si el caso ante el que se está no cae bajo el imperio de otra norma más específica. Sin embargo DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298, entiende que aun siendo cierto que la normativa contenida en los artículos 358 a 365 por ser de carácter general ha de ceder ante una disposición de carácter especial o más concreta, ello no excluye que las normas reguladoras de las mejoras en cada figura o institución concreta no puedan compatibilizarse con las normas de la accesión, apoyándose este autor en los textos históricos, en el artículo 361 CC que expresamente se remite a los artículos 453 y 454 CC y en algunas sentencias (STS 22 de febrero de 1906, 17 de diciembre de 1955 y 5 de marzo de 1959). A las que también se refiere LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1007

³⁸⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 35, considera que tales expresiones abonan la solución amplia de admitir incluidas en la accesión todo tipo de obras por pequeñas que sean. Según esta autora, lo que determinará si nos encontramos o no ante un supuesto de accesión inmobiliaria industrial será la concurrencia de otros datos: la existencia de dos cosas pertenecientes a personas distintas, la unión indisoluble, la ausencia de relación jurídica entre los afectados por el conflicto de intereses, y el carácter accesorio de una cosa respecto de otra, el *solum*.

³⁸¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 231.

³⁸²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 297.

³⁸³El TS aplica el artículo 361 C.c. a un supuesto de reparación y reconstrucción de una casa que se encontraba en estado semi-ruinoso.

finalidad y naturaleza, SÁNZ FERNÁNDEZ³⁸⁴ enumera las siguientes:

1. *Obras de transformación*, como la edificación en sentido propio, esto es, la elevación de un edificio *ex novo* o de nueva planta.
2. *Obras de reparación extraordinarias*, como la reconstrucción de un edificio en ruinas.
3. *Obras de conservación y reparaciones ordinarias*; a modo ejemplificativo señala un recalzado de cimientos o revoco de fachada.
4. *Obras de mejoramiento*³⁸⁵, como la elevación de pisos en una casa.
5. *Obras de embellecimiento o adorno*, poniendo de ejemplo la colocación de estatuas, herrajes.

Y si ponemos en relación tales obras con la doctrina de las expensas o mejoras comprobamos que, es posible que alguna de las categorías señaladas como “edificación” tenga cabida dentro de lo que tradicionalmente se engloba bajo el nombre de “expensas”, Así:

1. Las *Impensas necesarias*; serán aquellas *indispensables para la conservación o productividad de la cosa conforme a su destino, así como las impuestas por Ley o disposición administrativa o como consecuencia de algún gravamen de la finca*³⁸⁶. Tendrían cabida dentro de este grupo las obras de conservación y reparación.
2. Las *Impensas útiles, o mejoras propiamente dichas*; aumentan el valor o productividad de la finca, sin estar incluidas en el apartado anterior.
3. Las *Impensas voluptuarias o de mero lujo o adorno*; sirven para el adorno, embellecimiento, ornato o comodidad de la finca, sin aumentar necesariamente³⁸⁷

³⁸⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 126.

³⁸⁵LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 133, afirma que “es dudoso si se pueden considerar obras en el sentido de los arts. 358 y ss. los trabajos de desecación, desmonte de un bosque, drenaje, que constituyen simple mejora del fundo. Finalmente en tema de plantaciones debe examinarse si han sido hechas nuevamente, o bien sólo han sido renovadas, como si se plantan árboles nuevos en lugar de los viejos o perecidos, lo que constituye una reparación de la plantación misma.” También ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 371.

³⁸⁶SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 126.

³⁸⁷ALBALADEJO GARCÍA, M., “Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo”, *ADC*, 1963, pág. 1047. Con ocasión de su crítica al sentido literal de la legislación de arrendamientos rústicos, concretamente a los artículos 20, 3º y 4º del R.A.R., entiende que “una mejora puede ser útil sin aumentar la productividad (como si sirve para dar mayor consistencia o seguridad o solidez a una construcción), pero aumentando el valor; y la mejora suntuaria (porque aumente no la productividad o la solidez, etc, sino sólo la belleza o comodidad) está necesariamente excluida de aumentar el valor de la cosa. Lo que pasa es que el aumento de valor que —cuando lo produzca— produce la mejora suntuaria, es un aumento, no porque la cosa se ha hecho más útil, más sólida, más resistente, etc., sino porque se ha hecho más bella, más cómoda, lo que también vale dinero (así, decorar los muros, etc.), y hace subir el precio de la cosa”.

su valor o productividad.

Como vemos, la diversa naturaleza de las obras relacionadas complica seriamente el problema de la amplitud objetiva de la edificación al que nos enfrentamos, máxime si tenemos en cuenta que el Código civil equipara todas ellas al establecer la regla de dominio en el artículo 358³⁸⁸ (*superficies solo cedit*), si bien, como veremos, no siempre estarán sujetas a una idéntica regulación.

A2. Argumentos doctrinales en defensa de la concepción de la edificación en sede de accesión como obra cualificada o *ex novo*

Aunque en este punto nadamos contra corriente consideramos, que la contraposición entre las obras de mera conservación y reparación, sean ordinarias o extraordinarias y la edificación en sentido estricto, se establece ya, en el mismo artículo 358 C.c. que las *enumera yuxtaponiéndolas*³⁸⁹ respecto al resto de preceptos que disciplinan la accesión que hablan única y exclusivamente de edificación especialmente el artículo del que nos ocupamos, el 361 C.c.

Los antecedentes histórico-legislativos confirman nuestra toma de postura. En concreto, Las Partidas, pese a lo anteriormente afirmado por la doctrina mayoritaria, inauguraron una manera de entender la diferencia entre los distintos tipos de labores de fábrica, esto es, entre mejora y edificación nueva. Así, la L. 41, T. XXVIII, P. III, como precedente directo del artículo 361 C.c., regula las expensas realizadas por el poseedor cuando se trata de construcción de “labores nuevas” “torre, casa³⁹⁰, u otro edificio”, y la L. 44 disciplina las obras menores que se definen negativamente por no ser labores de edificación de nueva planta, cuya regulación prelude lo dispuesto en los artículos 453 C.c. y ss. Se establece así, un régimen jurídico distinto en atención a la naturaleza de la expensa, “fazen y de nuevo alguna cosa” (dice la Ley 41), “no faziendo y de nuevo cosa mas refaziendo o enderezando los edificios en los lugares do es menester” (dice la Ley 44).

Esta diversidad de régimen implicaba los siguientes extremos: 1. Que cuando se trata de una obra de “mejora” el poseedor de mala fe tiene derecho al cobro de los gastos necesarios y a la retirada de los útiles. Pero ningún derecho tiene el constructor de mala fe, tal y como acredita la (L. 42. T. XXVIII, P III). 2.- El constructor en terreno ajeno de buena fe cobra “todas las despensas”, mientras que el mejorante de buena fe sólo los gastos necesarios y útiles³⁹¹.

³⁸⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 236. Para este autor el artículo 358 es el eje, la norma clave donde se consagra el principio *superficies solo cedit* que será de aplicación a todas las incorporaciones o uniones que tengan lugar en suelo ajeno, sean operadas por la mano del hombre o se produzcan de modo natural (aluvión o avulsión).

³⁸⁹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 127.

³⁹⁰En el derecho catalán el usatge “Si quis in alieno” también hablaba de hacer casa, en concreto, decía: “Si alguno con materiales propios edificare casa en suelo ajeno, sea la casa de quien sea el suelo...”

³⁹¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 143. Para este autor la escisión se revelaba arbitraria e injustifi-

Por lo que respecta al Proyecto de 1836, contiene una única fuente de reglamentación de las expensas localizada en el régimen de la accesión, siguiendo el modelo del Code, para el que la posesión no es más que un apéndice del régimen de la prescripción adquisitiva, y en el que, el régimen de las impensas y percepción de frutos pertenece al capítulo de la accesión. Sin embargo, pese a la unidad normativa, la doctrina francesa³⁹² siempre ha entendido que sólo se reconocen comprendidas bajo los efectos de la accesión las “obras realmente nuevas” (MARTY y RAYNAUD), por lo que deben ser excluidas de la aplicación del artículo 555³⁹³, las obras de entretenimiento o que consistan en mejoras o reparaciones en sentido lato (CARBONNIER)³⁹⁴, y es que según BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, y LAURENT caen fuera del ámbito de aplicación de la norma de la accesión aquellas labores que no puedan ser *enlevées*. Justifican tal restricción, en atención al derecho que el artículo 555 del Code concede al propietario del suelo para exigir del constructor de mala fe el *enlèvement* de la labor, cuando por su propia naturaleza las “obras menores” no pueden ser retiradas³⁹⁵.

cada por ser mayor el sacrificio soportado por el propietario cuanto mayor era la atribución patrimonial que se le imponía. Mientras que en obras menores la cuantía de su obligación de pago se limitaba en la medida de su utilidad, cuando se trataba de una obra nueva, y por tanto, económicamente más significativa se le obligaba al pago de todas las expensas. Es más según este autor, la doctrina encuentra injustificada la negativa a conceder al constructor de mala fe un derecho de retirada cuando precisamente el mismo se admitía en el supuesto de simple mejorante de mala fe. Y señala que SALA no logró encontrar un criterio de orden en la exposición de ambas leyes y se limitó a decir que la L. 44, trataba de lo mismo que la L. 41, solo que “habla con más claridad”.

³⁹²Doctrina francesa destacada por CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 137, que subraya que en derecho francés no hay una normativa específica que pudiera ser aplicada a estas normas excluidas del artículo 555 del Code. Así, la doctrina francesa, tomando como fuente a POTHIER y diversos lugares del Code, donde la restitución se condiciona al abono de las impensas, entiende de manera mayoritaria que en su sistema se produce una laguna que hay que colmar acudiendo a la tipología romana de las impensas, en la que deja de ser relevante el elemento subjetivo del agente, y entra en consideración únicamente el carácter necesario, útil o voluptuario de la expensa. La diferencia fundamental de éste régimen con el estatuido en el artículo 555 radica en la imposibilidad para el *dominus soli* de pretender la demolición de lo edificado en el suelo por un tercero de mala fe. Restricción al alcance del artículo 555 del Code “motivada por razones de justicia”.

³⁹³Artículo 555 del Code: “Cuando las construcciones plantaciones u obras hayan sido hechas por un tercero con materiales pertenecientes a él, el dueño de la heredad tiene derecho, a reserva de las disposiciones del párrafo 4º, a conservar su propiedad u obligar al tercero a retirarlos. Si el propietario de la heredad exige la supresión de las construcciones, plantaciones y obras, se realizará a costa del tercero sin ninguna indemnización para él; el tercero puede ser además condenado al resarcimiento del perjuicio eventualmente sufrido por el propietario de la heredad. Si el dueño de la heredad prefiere conservar la propiedad de las construcciones, plantaciones y obras, puede elegir entre reembolsar al tercero una cantidad igual a aquella por cuyo valor ha aumentado la heredad o el coste de los materiales y el precio de la mano de obra calculados en la fecha del reembolso teniendo en cuenta el estado en el que se encuentran las construcciones, plantaciones y obras. Si las plantaciones, construcciones y obras han sido hechas por un tercero despojado que no habría sido condenado por su buena fe a la restitución de los frutos, el propietario sólo podrá exigir la supresión de dichas obras, construcciones y plantaciones, si bien podrá elegir reembolsar al tercero una cualquiera de las cantidades previstas en el párrafo precedente”.

³⁹⁴CARBONNIER, J., *Droit civil 3. Les Biens*, 8ª edición, 1975, Paris, págs. 266 y ss.

³⁹⁵Este criterio del “elevation” ha sido reconocido inoperante por su propio partidario LAURENT y duramente criticado por GOUBEAUZ, citados por CARRASCO PERERA, op. cit. pág. 137.

Será, el Proyecto de 1851, el que contemple una teoría de la posesión sistemáticamente diferenciada. GARCÍA GOYENA³⁹⁶ la justifica en la necesidad de encontrar un encaje lógico al régimen de los frutos, que no pueden regularse en la accesión de modo análogo al Code (artículo 550). El Proyecto opta por introducir la normativa de las impensas posesorias en el Título de la posesión, a continuación de los frutos, aunque esta escisión y tratamiento diferenciado entre accesión y posesión no sigue al pie de la letra el modelo inaugurado por Las Partidas, sino que el artículo 404 del Proyecto remitía, de modo similar al actual Código civil, en lo referente al abono al constructor de buena fe, a lo dispuesto de modo general para las impensas posesorias (artículo 432 del Proyecto de 1851³⁹⁷).

Es más, en nuestro Derecho positivo son varios los ejemplos donde encontramos esta dualidad de regímenes. Así ocurría en el derogado artículo 1404 C.c., para el que “las expensas útiles hechas en los bienes particulares de los cónyuges mediante anticipación de la sociedad o por industria del marido o la mujer, son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge al que pertenezca”, preveía pues, un distinto régimen entre las puras mejoras y las edificaciones en sentido estricto o de nueva planta. Respecto de estas últimas existía una especie de accesión invertida³⁹⁸, las edificaciones nuevas adquirían carácter ganancial y atraían al patrimonio común la propiedad del suelo privativo, quedando excluidas del ámbito del precepto las mejoras, obras y reparaciones que bajo el nombre de “expensas” seguían la naturaleza privativa del suelo y sólo generaban un derecho de crédito a favor de la sociedad. Esto es, el

³⁹⁶GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T I, editorial Maxtor, Madrid, 1852, edición 2010. Para este autor “La posesión y la prescripción están íntimamente enlazadas por esto se trata de ellas unas tras otra en los títulos 2 y 3, libro 41 del Digesto, y 29 y 30, Partida 3. El Código Francés trata de las dos en el mismo título 20, libro 3, y le han seguido en esto los otros Códigos modernos. La Comisión fraccionó esta materia; fue porque la adquisición de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe es una de las especies de accesión, llamada por los intérpretes mixta; y desde el artículo 396 venimos tratando de accesiones, y sin embargo, unieron la posesión y prescripción en el mismo título: como quiera, los cuatro primeros artículos de este título obran de lleno en las prescripciones”.

³⁹⁷El artículo 432 del Proyecto de 1851, manifestaba: “Los gastos necesarios son abonables a todo poseedor de buena o mala fe, quien podrá retener la cosa hasta que se le haga el abono. Los útiles lo son al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención; pero el propietario tendrá la elección de pagar el importe de los gastos o el aumento de valor que por ellos tenga la propiedad.

El poseedor de mala fe sólo podrá llevarse las mejoras, cuando el propietario no se las abone, y puedan separarse sin detrimento de la cosa mejorada. Los voluntarios, o de puro placer y ornato, no son abonables a ningún poseedor; pero el de buena fe podrá quitar las obras concurriendo las circunstancias del párrafo anterior respecto del poseedor de mala fe. Conviene ante todo definir con exactitud y claridad estas tres especies de gastos o expensas; y felizmente no pueden darse definiciones más exactas y claras que las leyes 1 y 5, párrafos 3 y 14, título 1, libro 25, 79, título 16, libro 50 del Digesto, y 10, título 33, Partida 7...”

³⁹⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 139; GARCÍA GRANERO, G., “Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges”, *RDP*, 1950, pág. 193 y ss. RAMS ALBESA, J.J. *La sociedad de gananciales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, págs. 52 y ss. También DE COSSIO Y CORRAL, A., *Tratado práctico y crítico de Derecho civil. La sociedad de gananciales*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1963, pág. 43 y ss.

párrafo segundo establecía una regla de atribución del dominio, mientras el primero sólo cumplía una función meramente liquidatoria. Este régimen no se recogerá en el actual artículo 1359 C.c., que prevé una sola disciplina para toda labor de fábrica, de modo que su carácter ganancial o privativo dependerá de la cualidad del suelo³⁹⁹ (*superficies solo cedit*), estableciéndose un derecho de abono del valor satisfecho a favor del patrimonio que soporta el gasto⁴⁰⁰ (Vid. STAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de noviembre de 2010 —JUR 2010/77134—)⁴⁰¹.

También el artículo 110 LH, que extiende la hipoteca a las obras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualquier otra semejante, excluyendo de tal regla la construcción de edificios donde antes no los hubiere, o lo que es lo mismo, contrapone con efectos diversos la edificación de nueva planta y la elevación de edificios⁴⁰².

En definitiva, cuando el artículo 361 C.c. establece su opción “hacer suya la obra” remitiéndose a los artículos 453 y 454 C.c. para la regulación del régimen indemnizatorio al constructor de buena fe, u, “obligar a al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno”, consideramos está suponiendo que, en cierto modo, la construcción es una edificación en sentido estricto, como obra cualificada, como construcción *ex novo* de edificio sobre el suelo, lo que según SÁNZ FERNÁNDEZ⁴⁰³ conllevaría una serie de

³⁹⁹Muy ilustrativo resulta el análisis de las sentencias de 30 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca, de 11 de mayo de 2010 de la AP de Huesca, y la STSJA de 3 de diciembre de 2010, que resuelven un supuesto de hecho en el que se entremezclan el régimen de la accesión, sucesión y el régimen económico matrimonial. BAYOD LÓPEZ, M. C.: «Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial (reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Aragón de 3 de diciembre de 2010)», *RDCA*, N° XVIII, 2012, págs. 257 a 277.

⁴⁰⁰GIMENEZ DUART, T., “Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13-V-1981”, *RCDI*, 1982, págs. 117 y ss.

⁴⁰¹La STAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de noviembre de 2010 (JUR 2010/77134), que respecto a supuesto de construcción en terreno privativo de uno de los cónyuges con dinero ganancial, manifiesta que “el artículo 1359 del Código civil determina que las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afectan, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales o de la enajenación del bien mejorado. Precepto del que resultan dos cuestiones, la primera, que los bienes no cambian de naturaleza por el hecho de realizar mejoras o edificaciones sobre los mismos, y segundo, que como consecuencia de ello, se genera un crédito para el que ha abonado esos gastos. En este caso, debe determinarse... el carácter privativo del solar, siendo dinero ganancial el utilizado para llevar a cabo la edificación sobre dicho solar, de manera que en aplicación de la referida norma, el solar sigue teniendo el carácter privativo, teniendo ese carácter la edificación realizada sobre él, por el contrario, lo que tiene carácter ganancial es el crédito de la sociedad sobre el aumento de valor...”.

⁴⁰²Aunque explica CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 140 que la motivación de este precepto no descansa, en modo alguno, en el régimen jurídico, sino en el propósito de conservación y protección de la edificación, propósito que según este autor critica ROCA SASTRE, por entender que desestimula el crédito territorial y porque, de ser consecuente con la finalidad de la norma, igualmente debiera aplicarse a la sobreelevación de edificios.

⁴⁰³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 127 y 128.

implicaciones:

1. Entendida de forma restringida la edificación, supondría una *transformación material de la cosa* respecto al estado anterior, por lo que debiera excluirse del concepto, las obras de conservación y las de reparación que lejos de transformar la cosa lo que persiguen es precisamente reponerla a su estado normal⁴⁰⁴. La adquisición de la propiedad de los materiales incorporados será automática a favor del *dominus soli*, y sólo nacerá a favor del tercero constructor un derecho de crédito al reembolso, con base en una acción de enriquecimiento injusto⁴⁰⁵.

Así las cosas, desde hace un tiempo, se vislumbra en la aplicación judicial de los artículos 361 a 364 C.c., una tendencia a distinguir y separar los supuestos de construcción de un edificio en suelo ajeno, y los casos de reformas o mejoras en edificios o construcciones preexistentes. Nadie pone en duda, ni tan siquiera las partes en litigio⁴⁰⁶, que todo lo incorporado al edificio o construcción preexistente por obra de tercero que acomete reformas, pasa a ser de forma automática del *dominus soli*, sin que se plantee y admita un derecho correlativo de propiedad temporal del constructor sobre la parte de edificio modificado o reformado⁴⁰⁷, sino simplemente un derecho de crédito con el fin último de evitar un enriquecimiento injusto⁴⁰⁸. Así la STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/9342), en *obiter dicta* pues la *ratio decidendi* iba referida a la aplicación indebida del artículo 361 C.c., dispone: «sin que la colocación de nuevas puertas y ventanas, el cambio de solería o techumbre, el arreglo de corrales, o la apertura de un hueco de comunicación con otra finca colindante signifique “edificar”, sino mejora o refacción. . .», y en esta misma línea parecen ir las STS de 5 de abril de 1994 (RJ 1994/ 2936)⁴⁰⁹ que excluye la aplicación del artículo 361 cuando se trate de mejora sobre edificación preexistente, y la STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ

⁴⁰⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág., 127, considera que el propio artículo 358 ya marca una línea divisoria, una contraposición entre las obras de conservación y las reparaciones y los edificios *ex novo* o edificación entendida de modo restringida. Es más opina que el propio Código civil establece, en algunos casos concretos, reglas sobre las obras de conservación y reparación que indudablemente no son aplicables a la edificación: artículos 500, 501, 502, 1179 y 1882 C.c.

⁴⁰⁵RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3881.

⁴⁰⁶RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3881.

⁴⁰⁷Pese a que tanto jurisprudencia como doctrina mayoritaria son partidarios de la teoría de accesión diferida y condicionada al pago y en tanto en cuanto éste no se produzca estaríamos ante una propiedad dividida, por un lado la propiedad del *solum* y por otro la propiedad de la obra o construcción.

⁴⁰⁸Salvo en los supuestos en que las obras de reforma han sido de cierta entidad, difícilmente se plantea un supuesto de accesión, esto es, una cuestión de atribución de la propiedad. Apenas hay jurisprudencia relevante sobre la incorporación de mejoras o reparaciones en los inmuebles preexistentes, efectuadas por un sujeto distinto del propietario. Ya que entre las partes en disputa no se plantea una específica disputa dominical.

⁴⁰⁹La STS de 5 de abril de 1994 (RJ 1994/ 2936) da solución al siguiente supuesto de hecho: frente a una petición de dominio sobre la finca edificada por la actora, el Juzgado de 1ª Instancia acogió la pretensión del demandado reconviniendo y consideró que la actora había obrado de mala fe al edificar, por lo que debía aplicarse el artículo 362 C.c. Apelada la sentencia por la actora, adhiriéndose el demandado al recurso, la Audiencia, estimando buena fe en la actora, y que lo edificado por ella no representó más que una mejora sobre edificación existente en la finca por lo que no había lugar a la accesión, declaró su

1985/5898)⁴¹⁰, que referida a obras de reparación y mejoras realizadas por el hijo de la propietaria, concretamente: al embaldosado de habitaciones, instalación de puertas y de una cocina, obras de empalme de alcantarillado, cerramiento de la fosa séptica y construcción de un aseo equipado completamente, excluye la aplicación de las normas de los artículos 360 a 365 C.c. y recurre directamente a la doctrina del enriquecimiento injusto.

2. *La edificación supone una transformación de la finca en el destino económico*⁴¹¹. Ejemplifica SÁNZ FERNÁNDEZ que si partimos de un suelo destinado al cultivo o a la edificación misma y se construye un edificio, la finca desde entonces resulta destinada a fines distintos. De modo que *sólo se puede hablar propiamente de edificación en sentido jurídico, a la que sea de nueva planta y altere el destino normal de la cosa*, y añade que *deben quedar excluidas las obras de ampliación de un edificio*⁴¹² *ya existente (como la elevación de pisos), así como las edificaciones que, lejos de alterar el destino de la cosa sirvan al mismo, como la construcción de una casa de labor, destinada a servir a la explotación de la finca rústica en la que se halla enclavada*⁴¹³. En tales casos estaríamos ante simples mejoras de la finca que seguirán un régimen distinto al previsto por el artículo 361 y ss. C.c., para la edificación propiamente dicha, levantada *ex novo*

derecho a ser indemnizada como poseedora de buena fe de acuerdo con el artículo 453, párrafo segundo C.c., cuyo monto cifraba en 1.817.398 pesetas que el demandado había de entregarle, sin perjuicio de la división de la finca...“.

⁴¹⁰STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898), resuelve un supuesto de hecho referido a la interposición de demanda de reclamación de cantidad por el hijo ocupante en vivienda propiedad de la madre, en la que había procedido a realizar reparaciones y mejoras sobre el referido inmueble. Lo particular del caso es que el actor no pone en duda, ni plantea cuestión relativa a la propiedad de los materiales y la Sentencia directamente excluye la aplicación de las normas de los artículos 360 y ss. C.c., e incluso las posesorias del artículo 453 C.c. y reconduce la cuestión a través de la doctrina general del enriquecimiento injusto de la propietaria de la vivienda reparada y mejorada.

⁴¹¹BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., págs. 1460 y ss., considera que para que entre en juego el mecanismo de la accesión es necesaria la concurrencia de las siguientes notas: a) que la unión de los materiales al suelo sea indisoluble y estable (se propone que la inseparabilidad se entienda en sentido económico; b) que la aportación constituya una nueva entidad física, económica o funcional; y c) que suponga una mejora para el predio, esto es, un incremento de valor del suelo (si no supone una mejora, no se planteará otro conflicto que el de su remoción).

⁴¹²Cuando se trata de elevación de nuevas plantas la postura del TS es oscilante, así encontramos la STS de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3880) que considera como mejora, a los efectos del artículo 359 del Código civil, a la construcción de nueva planta sobre un edificio ya existente, pero no aplica la facultad de elegir del artículo 361 por no haberse demostrado por los demandados que ellos fueron quienes hicieron la nueva planta. Sentencia también analizada por el estudio jurisprudencial realizado por RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3882. Por el contrario la STS de 17 de junio de 1999 (RJ 1999/4387), que considera un supuesto de accesión inmobiliaria cuando se construye por tercero un piso en la segunda planta del inmueble propiedad de los padres de la esposa (construye la sociedad de gananciales formada por la hija de los propietarios y su marido). Dicha sentencia excluye la catalogación de mejoras alegada por los propietarios y estima que se trata de un supuesto de accesión al que le es aplicable el artículo 361 del Código civil, al existir buena fe de los edificantes y condena a los propietarios al abono del valor de los elementos constructivos incorporados.

⁴¹³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 128.

sobre el *solum*. De modo análogo a como acontece desde la óptica del ya referido artículo 110 LH que prevé unos efectos diversos⁴¹⁴, según se trate de edificio de nueva planta o elevación de edificios.

Sentado lo anterior, y en sentido negativo, el TS excluye de la consideración de “edificio”, la construcción consistente en un estanque (STS 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3842); la STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171) considera que un muro de hormigón «no puede calificarse como “edificio”, según la definición que del mismo da el Diccionario de la Real Academia (“obra o fábrica construida para habitación o usos análogos”), el hormigón construido para la separación de ambas fincas»; también, la STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584) que entiende que “no pueden calificarse de construcción la obras de adaptación (de un terreno) para dedicarlo a platanera; el cerramiento de la finca es una construcción accesoria por la finalidad de delimitación del predio”; y por último, en idéntico sentido, la STS de 31 de enero de 1996 (RJ 1996/545)⁴¹⁵, para la que “la operación de simple asfaltado del indicado vial no puede reputarse como una obra, en el sentido del artículo 361”.

3. En definitiva, relacionada la edificación con la doctrina de las expensas aparece, en todo caso, como una mejora de la finca en que se realiza⁴¹⁶. Resultaría, por tanto, complicado pensar en una edificación *ex novo* de carácter necesario, o meramente voluptuario de puro lujo o recreo; aunque de ser así, no seguirá las reglas de la edificación propiamente dicha (arts. 361 y ss. C.c.), sino el régimen previsto para las expensas necesarias o de lujo⁴¹⁷.

⁴¹⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada, según nuestra jurisprudencia”, RAD, N° 5., Pamplona, 2012, págs. 9 y 10. El referido autor no se muestra conforme con la diversidad de régimen establecido por el artículo 110 LH, respecto a los edificios de nueva planta y a la “elevación de edificios”, respecto a éstos últimos considera que tampoco operaría la extensión hipotecaria prevista en tanto las nuevas plantas, pisos formen finca registral independiente de la originariamente hipotecada. Afirma, “piénsese, a.e. en la hipótesis que contempla el artículo 8.5º LH (que puede aún complicarse más, si dentro del piso o local hay subdivisión que genera otras fincas funcionales con entidad registral propia; v. gr., arts. 68 RH, 14.1 LAT...). En tal caso, la hipoteca originaria, recayente sobre la casa o edificio, de suyo no se expandirá sobre la ampliación que se independiza como inmueble y finca registral, y, por tanto como posible objeto autónomo de hipoteca (cfr. arts. 107. 11 LH, A.4 LAT...; salvo en el caso de estar hipotecado todo el inmueble, y careciendo de autonomía registral todos sus pisos, o, aun teniéndola, consientan sus dueños la extensión de la hipoteca, cfr. arts 8.4º LH y 218 RH)”.

⁴¹⁵Aunque la razón en que fundamenta su decisión no nos parece aceptable “toda vez que no comporta —se refiere a la operación de asfaltado— atribución de derechos dominicales ni posesorios de clase alguna en favor de quien la hizo, obvio que no se produce la obligación de indemnizar el valor de un terreno cuya situación jurídica no ha variado en favor de los demandados, por todo lo cual procede la desestimación de este primer motivo”. No podemos olvidar que el artículo 358 C.c. es claro en su regla de atribución dominical, y en cuanto es claro que se ha producido un enriquecimiento injusto, el autor de la obra deberá ser resarcido por ello.

⁴¹⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 325, considera que la edificación constituye una mejora del fundo en el que se realiza, en cuanto que supone un incremento de su valor y a menudo de la productividad del suelo sobre el que se hizo la incorporación del edificio.

⁴¹⁷En idéntico sentido ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 289, nota 24. También

B. El fundamento de la indemnización y su papel en la determinación de los gastos indemnizables y del quantum indemnizatorio

B1. Fundamento de la obligación de indemnizar del *dominus soli*

Para fijar la cuantía de la indemnización es preciso determinar cuál habrá de ser el concepto indemnizable. Nótese que el artículo 361 C.c. se limita a establecer la necesidad de indemnización, pero nada dice respecto a los conceptos a que ha de ir referida, ni a su cuantía, ni siquiera el procedimiento al que recurrir para su determinación. Para ese efecto es para lo único que se hace referencia a los artículos 453 y 454 C.c.⁴¹⁸.

Tres serían los conceptos susceptibles que podrían entrar en juego: a) el valor de la edificación, en sí misma considerada con abstracción del suelo; b) los gastos efectivamente realizados en la misma para su consecución; y c) el aumento de valor que el suelo haya experimentado como consecuencia de la edificación. Y aunque cabe la posibilidad de que el importe de estos tres gastos sea en algún caso coincidente, también es posible que no sea así, y haya entonces que determinar cuál de ellos hay que satisfacer.

Para dar una respuesta a este interrogante es necesario concretar cuál es el fundamento que tiene la indemnización. Como venimos defendiendo a lo largo del presente trabajo, la obligación de pago del *dominus soli*, no puede ser concebida como precio de compra, como compensación o pago de una supuesta adquisición de dominio⁴¹⁹. De ser así, resultaría indudable que la misma debería ir referida al valor intrínseco de la edificación, con total independencia de cual fuera el importe de los gastos realizados o el aumento de valor experimentado por el suelo.

El Código civil, expresamente, habla de “indemnización” y ésta, como su propio nombre indica, consiste en un resarcimiento, una compensación del desequilibrio patrimonial que la accesión provoca entre el edificante de buena fe, injustamente empobrecido, y el propietario del suelo que sufre un enriquecimiento injustificado⁴²⁰. Su fundamento, por tanto, descansa sobre una única razón de justicia⁴²¹, esgrimida en sus

CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 138 y 139. Afirma este autor que cuando el artículo 361 C.c. remite a los artículos 453 y 454 C.c. está pensando que la construcción en suelo ajeno es una mejora.

⁴¹⁸SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 156, en idéntico sentido, considera que el Código civil, aun estimando la edificación como mejora del *solum*, distingue los gastos hechos para obtenerla, según la doctrina general de la expensas, en necesarios, útiles y de lujo.

⁴¹⁹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 379, es tajante y afirma que la “previa indemnización ni actúa, pues como precio o contraprestación, ni sirve para adquirir por el dueño del suelo la propiedad de la incorporación realizada de buena fe. Actúa como resarcimiento o compensación del desequilibrio patrimonio patrimonial que la accesión produce...”.

⁴²⁰BASOZABAL ARRUE, «Enriquecimiento...» cit., págs. 303 a 306. Analiza el sistema dual francés, el sistema de restitución particular del aprovechamiento previsto en el § 818.III BGB (similar al previsto por nuestra gestión de negocios ajenos del artículo 1893 del Código civil) y concluye que finalmente nuestro legislador optó por un abono de los gastos de forma diferenciada que respeta las normas de liquidación de los estados posesorios.

⁴²¹PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J.I., “Consideraciones sobre los principios rectores de la accesión en las edificaciones”, *RDP*, N° 1, enero-febrero 2015, pág. 64.

Comentarios por GARCÍA GOYENA⁴²² “nadie puede enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe”.

B2. Concrección de los gastos indemnizables

Es evidente que cuando se lleva a cabo una construcción, todo edificante realiza una serie de desembolsos, que normalmente se ven compensados con el incremento de valor que experimenta el inmueble, sin embargo, esta ecuación lógica no se produce en la edificación en suelo ajeno de buena fe, pues el edificante asume una serie de gastos (licencias, proyectos, materiales, profesionales. . .) que después no quedarán en su patrimonio al perder suelo más edificación. El edificante se empobrece por un acto no doloso, al obrar de buena fe, y el *dominus soli* se enriquece por un acto no propio. Es, precisamente, ese desequilibrio el que la indemnización repara con un fundamento ético⁴²³ indiscutible: evita, la depauperación sin causa del edificante y el enriquecimiento injustificado del *dominus soli*⁴²⁴.

Desde la óptica de esta fundamentación ética se extraen dos consecuencias:

- (a) La reparación de los intereses del edificante única y exclusivamente exige que se le reintegren los gastos y desembolsos hechos en terreno ajeno, pero nada más, pues de serle satisfecha una cantidad mayor resultaría injustificadamente beneficiado.
- (b) La reparación del enriquecimiento por hecho ajeno del propietario del suelo, sólo exige que abone como indemnización el aumento de valor que haya obtenido la finca, pero no más, pues de otro modo resultaría ser él el injustamente perjudicado⁴²⁵.

Consecuencias que encajan a la perfección con la justa solución respecto a la indemnización que ya previó CELSO para el Derecho romano, donde entraban en juego ambos conceptos, esto es, el *dominus soli* debía abonar el importe de los gastos realizados por el edificante si su cuantía era inferior al aumento de valor experimentado por la finca con la mejora, y este aumento, en caso contrario.

⁴²²GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T I, 1852, págs. 361 y 362.

⁴²³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 157.

⁴²⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 380.

⁴²⁵Añade SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 158 y 159, que por este procedimiento puede existir o un perjuicio para el edificante o un beneficio para el *dominus soli*, pero lo considera justificado y sin necesidad de reparación. Y en aras de una mejor comprensión lo ejemplifica del siguiente modo: es posible que el edificante se haya gastado seis mil euros en la edificación, pero el aumento del valor de la finca conseguido puede ser de nueve mil euros. El propietario resultará beneficiado por esa diferencia de valor, como consecuencia de su derecho de propiedad, regla que impone la naturaleza de las cosas. En caso contrario, si el aumento de valor es inferior a los gastos, es decir, se ha gastado seis mil pero el aumento de valor ha sido de quinientos mil, entiende que queda perjudicado en la diferencia. Pero no lo concibe injusto, ya que el perjuicio deriva de un acto propio, cuyas consecuencias han de recaer sobre su autor, siendo injusto que recayeran sobre el propietario que no hizo la edificación, ni la quiso, ni obtuvo beneficio alguno.

Determinado así el concepto indemnizable, esto es, los gastos realizados por el edificante que lleven aparejado un aumento de valor (sólo implícito en los gastos útiles)⁴²⁶, comprobamos que los artículos 453 y 454 C.c. establecen distinto criterio según la clase de gasto al que se refieran, lo que nos obliga a hacer una serie de precisiones, en cuanto a la determinación de qué gastos entendemos indemnizables, y sobre cómo determinar su cuantía, para así evitar contradicciones entre ambos bloques normativos⁴²⁷.

Como punto de partida, hay que distinguir tres grupos o clases de gastos: los gastos necesarios, los gastos útiles y los de puro lujo o recreo. A los primeros se refiere el párrafo primero del artículo 453 C.c., a los segundos, el párrafo segundo del mismo precepto y a los terceros el artículo 454 C.c.⁴²⁸.

Los *gastos necesarios*⁴²⁹, según el artículo 353 C.c.⁴³⁰, son siempre abonables. Pero tal afirmación no puede ser aplicable, sin más, de un modo absoluto a la edificación, ya que ésta es considerada como una mejora útil⁴³¹. El problema en este punto radica, en que la mayoría de los autores aplica la distinción de gastos realizada en los artículos

⁴²⁶Nuestro Código civil determina el concepto indemnizable de forma clara: los gastos hechos por el edificante, y sólo en un caso, el de los gastos útiles, va referido al aumento de valor. No se toma en cuenta, en ningún caso, el valor intrínseco de la edificación.

⁴²⁷MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., “Comentario al artículo 361 C.c.”, *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid, 1904, pág. 190. Refiere este autor las dificultades de concordar el artículo 361 con los artículos 453 y 454 C.c., fundamentalmente porque el artículo 361 sólo habla del derecho a ser indemnizado previamente, mientras el 453 establece a favor del poseedor el importantísimo derecho a retener la cosa hasta ser indemnizado, y el 454 no se refiere directa y exclusivamente a indemnizaciones. Habla de cierta impropiedad en los términos empleados por el artículo 361, de precipitación; pero fuera de tales cuestiones problemáticas, el artículo 361 del Código civil debe ser aplicado tal y como están redactados los artículos 453 y 454. Y debe tenerse como premisa básica que los gastos no se abonan sólo al poseedor, extremo que un sector de la doctrina extrae de la remisión. Para tener derecho a la indemnización no hace falta ser poseedor, pues el artículo 361 no fija esa cualidad como exigencia, habla del que “edificó”, y al principio refiere “el dueño del terreno en que se edificaré...”.

⁴²⁸Entiende NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 157, que no es compleja la distinción conceptual de cada una de estas obras, sino que la dificultad se encuentra en aplicar el concepto a cada obra concreta. Además, no estamos ante conceptos estáticos como advierte HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión como institución jurídica y social*, Espasa-Calpe, 1987, pág. 349, “dada la predominante transformación social hacia una mejora en la calidad de vida, los conceptos de necesidad, la utilidad y el lujo son relativos; puede llegar a considerarse como necesario lo que antes haya podido reputarse como lujo”. En términos similares SCAEVOLA, Q., “Comentario al artículo 361 C.c.”, *Comentarios al Código Civil*, T. VI, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca, editorial Reus, Madrid, 1949, págs. 310 y ss.

⁴²⁹La STS de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/4449) define los gastos útiles como aquellos que responden a las mejoras introducidas en la finca que incrementan su producción o rendimiento, con repercusión consecuente en su mayor valor de venta.

⁴³⁰El Código civil no define tales gastos y es sólo el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Rústicos el que hace referencia a los mismos al tener en cuenta las mejoras útiles, y se refiere a las obras que se incorporen a la finca y ocasionan un aumento duradero de su productividad, rentabilidad o valor agrario. Este artículo 57 de la LAR de 1980 fue derogado por la LAR de 2003.

⁴³¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 159; LÓPEZ VILAS, op. cit., págs. 1006 y 1007, y CARRASCO PERERA, op. cit. pág. 148.

referidos, a los gastos hechos en la edificación. Así, SCAEVOLA⁴³², HERNÁNDEZ GIL⁴³³, CARRASCO PERERA⁴³⁴, NÚÑEZ BOLUDA⁴³⁵, entre otros, consideran gastos necesarios los llamados a la conservación de la edificación y precisos para la existencia del edificio; útiles, los que contribuyen a su explotación o utilización; de lujo o suntuosos, los de mero ornato o embellecimiento del edificio.

Solución considerada inadmisibles por SÁNZ FERNÁNDEZ, cuya toma de postura estimamos de total vigencia y actualidad, porque no se debe olvidar que el edificio es una accesión de la finca, y ésta, desde el punto de vista del *dominus soli*, era únicamente el suelo. Luego gastos necesarios, serán aquellos que resulten precisos para conservar la finca en su estado anterior a la edificación⁴³⁶, pero no los necesarios para la ejecución y realización de la edificación porque “éstos son siempre mejora, son gastos útiles”⁴³⁷. Ahora bien, puede ocurrir que una vez realizada la edificación, como su propiedad (según la tesis de la automaticidad defendida) corresponde al *dominus soli* desde el mismo momento de la unión indisoluble, los gastos que con posterioridad se lleven a cabo en el edificio para su conservación tengan el carácter de necesarios y, por tanto, sí serán abonables⁴³⁸ desde la órbita del artículo 453 párrafo primero⁴³⁹. *Pero propiamente hablando no son gastos necesarios de la edificación*⁴⁴⁰.

Los *gastos útiles*⁴⁴¹ son los que más interés suscitan porque en ellos se comprende-

⁴³²SCAEVOLA, op. cit. págs. 310 y ss., considera como gastos necesarios todos aquellos sin los cuales no podría subsistir el edificio.

⁴³³Siguiendo a SCAEVOLA, HERNÁNDEZ GIL, op. cit., pág. 326.

⁴³⁴CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 479, aplica la idea de necesidad al edificio construido para cumplir con la exigencia del Plan de Ordenación Urbana, que impone la necesidad de edificar y la somete a un plazo determinado.

⁴³⁵NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 158.

⁴³⁶Pese a la inicial toma de postura respecto a los gastos necesarios, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 158, reconoce que su postura no es coincidente con Las Partidas (Partida 3ª, título XXVIII, ley XLIII), pues las obras necesarias se identifican por un dato “no ser de nueva planta”, no expresan que su finalidad sea conservar el edificio. Por ello concluye que lo normal es que los gastos necesarios vayan referidos a la finca con o sin construcciones previas, y parece más lógico que se refieran a construcciones existentes.

⁴³⁷SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 160. En contra GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 228.

⁴³⁸Como más adelante veremos ésta indemnización es perfectamente compatible con el artículo 362, ya que se basa en fundamento distinto y queda así resuelta la aparente contradicción existente entre el artículo 453 y 362 C.c.

⁴³⁹El edificante tendrá derecho a cobrar aquellos gastos necesarios, con independencia de su subsistencia al tiempo de la recuperación de la posesión por el *dominus soli*. El Código civil no exige que exista la reparación que produjo el gasto necesario, a diferencia de lo que ocurre con los gastos útiles, respecto a los cuales se exige la subsistencia de la mejora que produjo el gasto útil (art. 458). La cuantía a pagar será el importe de lo gastado. No parece que deba ser tenido en cuenta, si por el tiempo transcurrido desde el gasto, sería más o menos costoso al tiempo en que el propietario del suelo recupera la posesión. El edificante tendrá además el derecho a retener la cosa en tanto en cuanto no le sean abonados los gastos necesarios. SCAEVOLA, op. cit., pág. 311, también MANRESA, op. cit., pág. 191.

⁴⁴⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 160.

⁴⁴¹Se suelen considerar útiles aquellas mejoras que, sin evitar la pérdida o deterioro de la cosa, la hacen más productiva, proporcionándole un mayor rendimiento o un aumento de valor. ULPIANO: “Útiles sunt quibus non factis quidem deterior dos non fuerit factis autem fructuorioreffecta sind”, o suelen reportar una utilidad al propietario de la cosa. ULPIANO “Utilis impensae sunt quae maritus utiliter fecit”. Cita de BELTRÁN HEREDIA a ULPIANO, recogidas por NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág.

rán la generalidad de los realizados para llevar a cabo la edificación⁴⁴². Jurídicamente, el artículo 453 C.c.⁴⁴³, crea para el propietario una especie de obligación facultativa, el *dominus soli*, de modo alternativo, deberá indemnizar, pagando el importe de los gastos hechos, o podrá eximirse de tal obligación, satisfaciendo el importe del aumento de valor conseguido en la finca. Además, el referido artículo le confiere el derecho de retención sobre la finca en tanto en cuanto no sea indemnizado. Ésta opción del propietario tendrá su fundamentación en cuál de los dos procedimientos arroje una cantidad inferior⁴⁴⁴. Consecuencia de ello será, que el edificante no pueda reclamar ese aumento de valor, sino sólo los gastos, en tanto en cuanto no haya hecho manifestación el *dominus soli* sobre este particular⁴⁴⁵.

A diferencia de lo que ocurre con los gastos necesarios, los gastos útiles solamente habrán de ser satisfechos si subsiste la mejora que los mismos han producido en el momento de restituir la posesión de la finca al *dominus soli*⁴⁴⁶. Así se preceptúa en el

161. Para MANRESA, con respeto al concepto de Las Partidas, que considera gastos útiles los que se concretan o materializan en cosas “provechosas a la casa o a la heredad”, los gastos para ser calificados de útiles han de aumentar el valor de la finca. Por ese aumento de valor se diferencia entre gasto útil y necesario, aunque reconoce la dificultad a veces de marcar la línea divisoria entre los gastos útiles y los de lujo y recreo. MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 191.

⁴⁴²El libro quinto del Código civil de Cataluña, artículo 542-7, establece la obligación de indemnizar pagando los gastos efectuados en la construcción, cortando de raíz el problema generado por el artículo 278 de la Compilación que determinaba como cuantía a abonar al edificante, la “... que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de comprobaciones posteriores”. Posibilidad que fue fuente de grandes abusos por los constructores que fijaban a su arbitrio los precios de los materiales de construcción, jornales y semillas (para el supuesto de plantación), situando al *dominus soli* ante una situación de considerables dificultades para enervar la retención de su terreno, avocándolo a un juicio declarativo sobre la base del abuso de derecho (artículo 7.2 del Código civil) previo para fijar el importe realmente justo a satisfacer. NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 162.

⁴⁴³La remisión del artículo 361 al 453 párrafo segundo, según el cual “los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe, con el mismo derecho de retención”, coincide con la regla adoptada en La Partida 3ª, título XXVIII, Ley XLIII, que dice a propósito de las “despensas provechosas”, como denomina a los gastos útiles, “que si las hizo de buena fe, cuyandolas fazer en lo suyo, que las debe cobrar, maguer non ovierre menester de las fazer”.

⁴⁴⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 161, destaca que la opción del propietario es jurídicamente distinta a la solución romana de CELSO,

⁴⁴⁵Nada hemos encontrado en la jurisprudencia acerca de si, como consecuencia de la remisión del artículo 361 al 453 C.c., dispone el propietario del suelo de las dos alternativas que el artículo otorga al poseedor que hizo obras de buena fe. Sólo la STS de 13 de abril de 1912 comentada y duramente criticada por SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 162, niega a efectos de cuantificar la indemnización el recurso a la alternativa que ofrece el artículo 453 del Código civil. Sin embargo entendemos más acertada la postura del TSJ de Cataluña de 25 de abril de 1992 (RJ 1992/2936), que a efectos de cuantificar la indemnización entiende permitida tal alternativa. La referida sentencia resuelve un supuesto en el que desde la realización de las obras hasta su reclamación por el edificante del valor de la construcción, habían transcurrido alrededor de veinte años. En tal caso lo que hace el tribunal es computar valor del trabajo y de los materiales empleados para la construcción pero teniendo en cuenta en su cómputo final el valor real de lo construido, esto es, su valor actual a fecha de reintegración de la posesión.

⁴⁴⁶Así es defendido, entre otros por MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 191, SCAEVOLA, op. cit., págs. 310 a 313, HERNÁNDEZ GIL, op. cit., pág. 329, GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 228, LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 140, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 162, CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 150 y ss. Según este último autor, con cita de los autores KLAUSER, WESTHERMANN,

artículo 458 C.c. Y, si bien es cierto que el artículo 361 C.c. no dice nada expresamente respecto al artículo 458, se entiende suficiente la remisión que efectúa a los efectos del cálculo de la indemnización al artículo 453 C.c., según el cual el propietario está obligado a pagar el importe de los gastos útiles o, a su elección, el aumento de valor que haya experimentado la cosa; luego si no hubiere aumento de valor, o si la cosa no subsistiere, a nada quedaría obligado⁴⁴⁷ el *dominus soli* tras la reintegración posesoria.

Éste es el criterio que de modo uniforme ha asumido la jurisprudencia desde el siglo XIX hasta nuestros días. Dignas de ser citadas⁴⁴⁸ la STS de 4 de marzo de 1892 que señala “que la indemnización debida al poseedor de buena fe que, edificando de nuevo o de cualquier otro modo, mejorase la finca ajena, no está determinada por el coste de la obra, sino en tanto en cuanto. . . se conserve sin menoscabo y exista al tiempo de entrar el verdadero dueño en su posesión”. En idénticos términos la STS de 9 de abril de 1904, exige además, para que se satisfagan los gastos útiles “que se justifique su existencia”. Muy reveladora nos resulta la STS de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6520), en un supuesto en el que se aplica el artículo 361 C.c., a un caso de reforma integral de un local destinado a restaurante, el Tribunal Supremo ordena rebajar la indemnización fijada por la Audiencia que había tenido en cuenta los elementos constructivos existentes al tiempo de la construcción, pero que ya no existían al momento de la reintegración de la posesión al *dominus soli*. Entiende el Tribunal que la cuantificación de las obras ha de realizarse teniendo en cuenta el estado actual, con independencia de su coste originario y de la actividad conservativa más o menos diligente por el constructor “pues la conclusión contraria llevaría al absurdo de que en los casos ordinarios de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el dueño del terreno al que accede lo edificado, plantado o sembrado tuviera que abonar el valor de una siembra ya cosechada, de una plantación desaparecida por inclemencias climatológicas o de una edificación totalmente arruinada por un seísmo”⁴⁴⁹.

Los *gastos de puro lujo o recreo*⁴⁵⁰, como se deduce del propio término, se acometen, no para remediar una necesidad de la finca⁴⁵¹ ni para aumentar su rendimiento, sino para embellecerla⁴⁵², para su “apostura” “por aver deleyte por ellas, mas que pro”

STAUDINGER-GURSKY y PEREIRA COELHO y de la doctrina del enriquecimiento injusto, considera que el Código civil recoge el principio tradicional de que el derecho del edificante está doblemente limitado por la impensa y la mejora, de manera que sólo cobrará la menor de las cantidades. Y que por la propia dinámica de ese doble límite, es claro que la pretensión del constructor está limitada por la subsistencia de la mejora al tiempo de la reintegración posesoria.

⁴⁴⁷Salvo que hubiere actuado de mala fe.

⁴⁴⁸Sentencias citadas por la generalidad de los autores: LACRUZ, op. cit., pág. 140, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 162, RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑO CASTRO, op. cit., pág. 3905.

⁴⁴⁹Tampoco habría mejora y beneficio patrimonial para el *dominus soli* cuando lo adquirió por dación en pago y la obra ya estaba incorporada con carácter previo a la transmisión y su precio tenido en cuenta. Vid. STS de 28 de junio de 2007, citada por LACRUZ, op. cit., pág. 168.

⁴⁵⁰La mayoría de los autores no definen positivamente los gastos suntuarios sino negativamente, y consideran gastos suntuarios aquellos que no sean necesarios o útiles. Así, HERNÁNDEZ GIL, op. cit., pág. 348, ENNECCERUS, op. cit., pág. 535, habla para referirse a éste tercer grupo de “todos los demás gastos”.

⁴⁵¹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 168.

⁴⁵²“Son resultado del capricho” “de pasatiempo de su propietario”, SCAEVOLA, op. cit., págs. 311 y

(Partida 3^a, título XXVIII, ley XLIII)⁴⁵³. Para estas obras suntuosas, el artículo 454 C.c. prevé una regla especial⁴⁵⁴, ya que si el *dominus soli* no las desea, a los efectos de fijar la cuantía de la indemnización, no se deben tomar en consideración, pero si prefiere mantenerlas en el edificio, en caso de ser separables de la cosa principal, debe indemnizar los gastos⁴⁵⁵.

La doctrina discute sobre el derecho que parece establecer el artículo 454 C.c. a favor del propietario del suelo de impedir el *ius tollendi* del edificante mediante el abono de lo gastado en tales adornos. De un lado, nos encontramos a SÁNZ FERNÁNDEZ para el que la voluntariedad que da el Código a la indemnización de los gastos suntuosos, va referida a la posibilidad del *dominus soli* de hacerse o no cargo de las mejoras de puro lujo o recreo, aun siendo separables sin causar deterioro de la cosa principal. Ejemplifica, con el supuesto de la construcción de un hotel o un chalet en cuyo jardín se ha edificado un templete con fines meramente ornamentales. El *dominus soli*, al optar por hacer suyo el hotel, puede no aceptar el templete, y entonces los gastos realizados para acometer su ejecución no se tendrán en cuenta a los fines de la indemnización. Pero, si optara por quedárselo habrá de indemnizar su valor, la cual —refiere— habrá de comprender los dos conceptos del Derecho romano: el precio pagado por los materiales empleados (*pretium materiae*), y el importe de jornales que hayan sido satisfechos (*mercedes fabrorum*).

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina⁴⁵⁶ entiende, que para reconocer a favor del edificante de buena fe su derecho a retirar y llevarse los adornos, cuando son separables sin provocar deterioro al fundo, no es preciso acudir al artículo 454 C.c.⁴⁵⁷ Es suficiente con el concepto mismo de accesión⁴⁵⁸. Si los elementos con los que se

312.

⁴⁵³ Añade la referida Partida, que si quien las hizo tuvo buena fe “puede tomar lo que oviere fecho, e llevarlo. Empero, si aquel cuya era la casa o heredad, le quisiere dar tanto por ello, quanto podría valer después que fuesse ende tirado, déveselo dar”.

⁴⁵⁴ Nuestro Código emplea la expresión “gastos de puro lujo o mero recreo” y dispone que “no son abonables al poseedor de buena fe, pero podrá llevarse los adornos con que hubiere embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado”.

⁴⁵⁵ SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 160, recoge el carácter de voluntariedad que presenta la indemnización.

⁴⁵⁶ SCAEVOLA, op. cit., pág. MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 191, HERNÁNDEZ GIL, op. cit., pág. 349, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 160.

⁴⁵⁷ La norma del artículo 454 del Código estaba en Las Partidas referida al poseedor, no al edificante para un supuesto de edificación en terreno ajeno. Más tarde en el Proyecto de 1851 se recoge la facultad del propietario de impedir que el poseedor vencido se lleve los adornos al disciplinar la posesión en el artículo 432. En ese Proyecto, el artículo 404 que sí va referido al supuesto que nos ocupa, esto es, a la edificación en suelo ajeno de buena fe, se establece que el *dominus soli* podrá hacer suya la obra “previa la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo 432”, remisión sólo a los efectos de la indemnización, y el párrafo segundo sólo dispone para los gastos útiles que “el propietario tendrá la elección de pagar el importe de los gastos o el aumento de valor que por ellos tenga la propiedad”: Esta concreta remisión permite concluir que el dueño del terreno no tiene el derecho de quedarse, ni siquiera abonando su valor, con los objetos susceptibles de separación. Derecho que sólo se reconoce en el párrafo cuarto, referido al poseedor de buena fe.

⁴⁵⁸ NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 170.

ha llevado a cabo la mejora suntuaria tienen individualidad física y es posible llevar a cabo tal separación sin detrimento del terreno, es porque no se ha producido una unión indisoluble, no habría accesión, ni razón clara para impedir al dueño de esos elementos llevárselos. SCAEVOLA⁴⁵⁹ y MANRESA⁴⁶⁰ son tajantes en tal sentido, si los adornos son separables *constituyen propiedad independiente* a la que no alcanza la órbita de la accesión.

Y es que no existe artículo en la Sección del Código dedicado a la accesión en el que se conceda al *dominus soli* la facultad de adquirir, ni aun pagando su precio, las cosas accesorias susceptibles de separación. Todo lo contrario, son varios los supuestos en los que se reconoce al dueño de lo accesorio su retirada, sin que el dueño de la cosa principal pueda privar a aquél de su *ius tollendi*. Así, el artículo 369 C.c. respecto a los árboles que son transportados por la corriente de las aguas, y el artículo 360 C.c., relativo al supuesto de construcción en suelo propio con materiales ajenos, en el que en caso de posibilidad de retirada de los materiales por su dueño sin menoscabo de la obra construida, no se concede al *dominus soli* la posibilidad de impedir esa retirada pagando el valor de los materiales porque al no haber quedado indisolublemente unidos al *solum*, su propietario no perdió su propiedad al no entrar en juego el principio *superficies solo cedit*.

En definitiva, cualquiera que sea la interpretación que merezca la remisión que el artículo 361 C.c. realiza al artículo 454, cuyos términos gramaticales exactos van referidos a “la indemnización establecida en los artículos 453 y 454”, deja fuera de toda duda su finalidad a los solos efectos de cuantificar la indemnización⁴⁶¹ y que el *dominus soli* no tendrá que pagar el importe de los gastos de lujo o de recreo que no puedan separarse de la finca⁴⁶².

B3. Determinación del quantum indemnizatorio y del momento de su valoración

El Código civil, a diferencia de lo que ocurre con el Code⁴⁶³ en su artículo 555,

⁴⁵⁹SCAEVOLA, op. cit., págs. 311 y 312. Considera el autor que los gastos de puro lujo son resultado del capricho o mero recreo, y no esenciales a la producción, recolección y conservación de los frutos, como sí los son los necesarios y los útiles que dan mayor valor y utilidad a la finca. Más cita a efectos meramente ejemplificativos como gastos de lujo o de mero recreo los invertidos en la decoración del edificio, en surtirle de muebles para regalo y comodidad de sus moradores.

⁴⁶⁰MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 191.

⁴⁶¹DÍAZ ROMERO, op. cit., pág. 74 y ss.

⁴⁶²NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. pág. 171, concluye de modo idéntico y añade que por muy importantes que sean tales gastos de lujo, el propietario del suelo los adquiere sin tener que pagar cantidad alguna por ellos.

⁴⁶³En el derecho francés el Código civil en su artículo 555, relativo a la construcción en suelo ajeno, contiene una regla específica sobre la indemnización. La alternativa ofrecida al propietario respecto al abono de los gastos útiles, coincide con la establecida en el artículo 676 del Proyecto de 1836 y con la prevista en el artículo 555.3 del Code. No obstante, en tales preceptos la opción en cuanto a la forma de abono no se limita a los gastos útiles, sino al importe total de la indemnización. Así el artículo 676 del Proyecto dispone: “Si uno plantare o edificare en finca ajena con semillas y materiales propios, y lo hiciere con buena fe, estará obligado el propietario del terreno a reintegrar al plantador o constructor

y de lo previsto en los preceptos 676 y 681 del Proyecto de 1836, carece de unas reglas específicas para solventar el problema del cálculo de la indemnización. Lo que ha provocado que se torne conflictiva la concreta la determinación de la cantidad a satisfacer por el *dominus soli* enriquecido y el momento de su valoración.

Centrándonos en los gastos útiles, pues integran prácticamente la generalidad de los comprendidos en la realización de la edificación, el artículo 453 C.c. concede al propietario del *solum* dos posibilidades: el abono de los gastos hechos, o la satisfacción del aumento de valor de la finca a consecuencia de la construcción. Alternativa⁴⁶⁴ que MARTÍN PÉREZ⁴⁶⁵, define como “una cautela para la protección del propietario, originada en la preocupación de que aquél —*dominus soli*— se viera obligado a hacer frente a gastos excesivos que lo empobrecieran, o que no pudiera sufragarlos de otro modo que enajenando la cosa que recuperaba, consumándose así un verdadero despojo por las posibles maniobras del poseedor —edificante—⁴⁶⁶”.

Así, si el propietario del suelo optase por pagar los gastos, éstos comprenderán los materiales empleados, los jornales de trabajo y demás pagos realizados para llevar a efecto la edificación⁴⁶⁷, pero si se optara por pagar el incremento de valor, la cuestión

el valor de los granos, semillas o materiales y el valor de los jornales de los operarios, o bien a pagarle una cantidad equivalente al aumento de valor que haya tenido la finca”, en idéntico sentido el artículo 555.3 reza: “Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix rembourser au tiers, soit une Somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le Prix de la main-d’oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l’état dans lequel se trouvent les dites constructions, plantations et ouvrages”. El Código francés establece unos criterios de cálculo de los que carece la norma referida del proyecto porque hay que abonar los gastos útiles al tiempo del efectivo pago de la indemnización y teniendo en cuenta el estado en el que se encuentre la edificación. VUILLAUME, M.F. *Commentaire analytique du Code Napoléon refermant les principes généraux du droit, les motifs de chaque article, les solutions motivées des questions auxquelles il donne lieu, les opinions des auteurs qui les ont traitées et approfondies et la jurisprudence*, París, 1855 (reedición 2014), pág. 148.

⁴⁶⁴La fórmula de la opción ya se encuentra en CELSO. También respecto al derecho francés POTHIER entiende justo para evitar un enriquecimiento injusto indemnizar por el valor aumentado de la cosa, pero si éste es mayor que el gasto, sólo a este último ha de entenderse en la compensación. La misma fórmula se repite en el Código civil de 1865, que reconocía al poseedor sólo la suma que resultase menor entre lo gastado y lo mejorado y también se encontraba en el Proyecto de 1851 en el artículo 432. MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 192, se muestra contrario, considera que se trata de un extraordinario privilegio en favor de la propiedad territorial, pues hay mejoras que cuestan poco y benefician mucho, y otras muy costosas que dan poco resultado, y el propietario siempre podrá elegir la cantidad menor. En idénticos términos respecto a la opción SCAEVOLA, op. cit., pág. 311.

⁴⁶⁵MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario al artículo 453 C.c.”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo VI, Edersa, pág. 16 a 22.

⁴⁶⁶Puntualizado por la doctoranda.

⁴⁶⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 165, opina que esa solución pudiera conducir a la injusticia de pagar al edificante unos precios antiguos, superados por la constante desvalorización de la moneda, injusticia que podría atajarse pagando la revalorización de esos precios al momento en que el edificante resulte vencido en la posesión. Sin embargo considera que al igual que ocurre con los gastos necesarios la deuda de lo gastado es deuda dineraria no revalorizable y el vencedor en la posesión, el *dominus soli* quedaría libre de su obligación de pago satisfaciendo el coste efectivamente pagado por el edificante, sin revalorización.

se torna más complicada, porque entraría en juego la idea de tiempo⁴⁶⁸, haciendo necesario fijar con precisión a qué momento hay que atender para valorar. Son dos los momentos a tener en cuenta: aquel en el que se efectuó la edificación y aquel otro en que el propietario hace uso efectivo de la opción.

Conceptualmente, parece que debe atenderse al momento en el que se ejecutó la obra, al ser cuando exactamente se produjo la incorporación indisoluble al *solum* y el enriquecimiento injustificado a favor del propietario del suelo. Sin embargo, esta opción puede ser objetada⁴⁶⁹; por un lado, porque si se mantiene la tesis tradicional y se condiciona la adquisición al pago, únicamente cuando el *dominus soli* opta y paga adquiere la propiedad, lo que hace aconsejable que sea ese momento cuando se efectúe la valoración. Problema que no se produciría desde la óptica minoritaria, pues una vez que el *dominus soli* manifieste su voluntad, tácita o expresa, de aceptar las consecuencias de la accesión y rechace la opción de la venta del terreno al edificante, sus efectos se retrotraen al momento mismo de la unión indisoluble. Por otro, ha de tenerse en cuenta que si la obra ha de subsistir en el momento en que se produce la reintegración de la posesión, no se pagará nada si no subsiste y se pagará el valor de lo que únicamente subsista, luego lo lógico será pagar el concreto enriquecimiento al momento en el que el edificante es vencido en la posesión⁴⁷⁰.

SÁNZ FERNÁNDEZ, se decanta por la segunda de las opciones, al considerar que si la indemnización tiene como fin la compensación del enriquecimiento del propietario, parece más apropiado no atender al momento de la unión, al momento en que lo construido entra en su patrimonio, sino al momento en el que efectivamente obtiene el disfrute de ese enriquecimiento, haciéndose cargo de la posesión de la finca⁴⁷¹.

Según LACRUZ BERDEJO⁴⁷² la indemnización no ha de calcularse con referencia a la fecha de causación del derecho a la misma, “sino el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la fecha posterior en que se liquide su importe en ejecución de sentencia”.

Por el contrario, para GULLÓN BALLESTEROS⁴⁷³ sería una norma justa fijar el valor de la indemnización atendiendo al “momento en que tal terreno se utilizó, pero con la actualización económica al tiempo en que se haga el correspondiente abono”. Justifica su toma de postura porque “es en aquél momento cuando se produjo la lesión al derecho del *dominus soli*, y es un criterio objetivo. Hacerlo depender del momento en que se ejercite la opción es, por el contrario, eminentemente subjetivo y apto para causar un perjuicio al tercero de buena fe, eligiendo una mala coyuntura de mercado”⁴⁷⁴.

⁴⁶⁸SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág.

⁴⁶⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 166.

⁴⁷⁰En contra NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., 167, que considera la segunda objeción fácil de rechazar, porque si bien es cierto que sólo haya de pagarse la obra que subsista, eso que concretamente subsiste sí que puede ser valorado a la fecha de su construcción o unión indisoluble al suelo.

⁴⁷¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 163.

⁴⁷²LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 140.

⁴⁷³GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 230 y 231.

⁴⁷⁴Parece apoyar esta postura BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1494.

La jurisprudencia, al igual que la doctrina, ha sido vacilante en este punto, limitándose en la mayoría de las sentencias a disponer la necesidad de “indemnizar conforme a ley”, o “previa indemnización prevista en los artículos 453 y 454”, para después remitirse a ejecución de sentencia para fijar el montante exacto de la indemnización (Vid. STS de 15 de diciembre de 2006 —RJ 2006/8227—) En este ir y venir del Tribunal Supremo destacamos como integrantes de una primera vía, sentencias como la STS de 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/2132)⁴⁷⁵ para la que la indemnización debe computarse según su equivalencia en unidades monetarias actualizadas, con el límite del beneficio experimentado por la finca y su propietario. Sentencia que califica la deuda indemnizatoria como deuda de valor y establece la necesidad de tener en cuenta el momento de causación del derecho a la indemnización, pero actualizado el día en que recaiga condena definitiva a la indemnización o, en su caso, en la fecha en que se liquide su importe en el periodo de ejecución de sentencia⁴⁷⁶. En idénticos términos la STS de 17 de junio de 1999 (RJ 1999/4387) que considera la indemnización deuda de valor, cuyo importe habrá de ser actualizado al tiempo de la liquidación, o sea, según el valor que se le asigne en el momento de su satisfacción en trámite de ejecución de sentencia.

Una segunda vía sería la seguida por la STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261), que remite también para el cálculo de la indemnización a ejecución de sentencia, pero específica “tomando para ello como base cuantitativa, no el precio de dichas parcelas cuando se hizo la edificación en cuestión sobre ellas, sino el que pericialmente se le atribuya en el momento de la reclamación pero actualizado”.

⁴⁷⁵La STS de 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/2132) resuelve un supuesto de hecho en el que el Ayuntamiento había ocupado un solar, creyéndolo propio, sin recurrir a un expediente de expropiación, y había desarrollado una unidad de actuación que había concluido con la conversión del solar en vía pública. Curioso que la sentencia recurrida niega la accesión, por tratarse de un terreno que ha pasado a público. El Tribunal Supremo de modo tajante afirma que existe accesión, que no es preciso para su concurrencia que puedan llevarse a efecto los dos términos de la opción del artículo 361 C.c. y respecto a los criterios de valoración seguidos dispone que el precio o valor a satisfacer debe ser fijado “en el día en que recaiga la condena definitiva de la reparación, o en su caso en la posterior en que se liquide su importe en el periodo de ejecución de sentencia”.

⁴⁷⁶Vid. también la SAP de León de 21 de septiembre de 2002. La sentencia analizada reproduce literalmente el argumento esgrimido por GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 230 y 231, considera como apropiado atender al momento en que el terreno se utilizó, con actualización económica al tiempo en que se haga el correspondiente abono, ya que hacerlo depender del momento en que se ejercite la opción es un criterio eminentemente subjetivo y apto para causar un perjuicio al tercero de buena fe al poder el propietario del suelo elegir una coyuntura económica con precios de mercado más elevados. En el caso que nos ocupa la edificación fue llevada a cabo en 1972, pero hasta julio de 1990 se mantuvo litigio sobre la validez de la compraventa celebrada con el esposo de la demandante, luego hasta ese momento no se podía ejercitar la opción del *dominus soli* con el consiguiente pago de la indemnización al edificante; con posterioridad se inician contactos entre las partes con el fin de llegar a un acuerdo extrajudicial que no fructifican, hasta el año 2000 que se interpone demanda, casi diez años después de que se pudiera ejercitar la opción. “para esta Sala resulta más justo atender al valor del terreno en el momento en el que se pudo ejercitar la opción, y puesto que la sentencia del Tribunal Supremo es de 1990, teniendo en cuenta la existencia de unos mínimos contactos para intentar un acuerdo amistoso, se deberá estar al valor que el terreno tuviera en enero de 1991, teniendo en cuenta los precios medios en la zona, actualizando la cantidad obtenida conforme IPC desde la fecha de la sentencia de instancia. El valor del terreno se fijará conforme a estos parámetros en ejecución de sentencia”.

Y finalmente, en una suerte de tercera vía englobamos la STS de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6520) en la que se sostiene que, “en relación a la forma de valoración de lo realizado por el edificante de buena fe y la cuantificación de las obras, afirma que ha de hacerse teniendo en cuenta el estado actual de las mismas, con independencia del coste originario y de la actividad conservativa más o menos diligente realizada por aquél”. También, la STS 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/4449), atiende al momento de la reintegración de la posesión al *dominus soli*⁴⁷⁷ y le reconoce, en tanto en cuanto no sea indemnizado, el derecho de retención.

B4. La posible concurrencia junto a la indemnización por enriquecimiento-de una pretensión restitutoria

Cuestión relacionada con el *quantum* indemnizatorio y no prevista en los términos explícitos del artículo 361 C.c., es la relativa a la posibilidad de que la pretensión restitutoria del enriquecimiento injusto se complete con una acción indemnizatoria. Indemnización, además, susceptible de ser compensada con la cantidad que, a su vez, deba abonar el *dominus soli* al edificante de buena fe por el valor de lo construido, o de ser sumada al precio de venta del terreno, si esa fuera la opción elegida por el propietario del *solum*.

En efecto, puede ocurrir que la edificación hecha en la finca le haya perjudicado o privado a su propietario de hacer en ella obras más rentables o de destinarla a fines más lucrativos. MANRESA⁴⁷⁸ con cita de NAVARRO AMANDI⁴⁷⁹, se pregunta si no tiene derecho el propietario a que se le indemnice por los daños causados por la edificación o plantación, pues considera injusto que el propietario se haya visto privado del suelo u obligado a indemnizar, sufriendo además los perjuicios que la edificación le hubiere podido ocasionar.

Admite tal posibilidad expresamente, el legislador catalán en el artículo 542-8⁴⁸⁰, del Libro quinto de su Código civil, algún autor⁴⁸¹ y la STS de 15 de diciembre de 2006

⁴⁷⁷Vid. STS 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/4449), dispone: “los gastos útiles le deberán ser abonados hasta el cese definitivo en la posesión, asistiéndole el correspondiente derecho de retención”.

⁴⁷⁸MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 194.

⁴⁷⁹El comentarista recuerda que el Derecho romano permitía al juez decidir según las circunstancias concretas del caso, pero con cita de Laurent, en quien se inspira, añade que no teniendo nuestros Tribunales la amplitud de atribuciones que en Roma, deben ajustarse al precepto legal, sin hacer excepciones fundadas en la equidad. Manresa, muestra su conformidad de no mediar culpa o negligencia, pues si la hubiere entiende aplicable el artículo 1902. MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 195.

⁴⁸⁰El artículo 542-8 dispone: “Indemnización por daños y perjuicios. El propietario o propietaria de la finca, en los casos que regulan los artículos 542-5, 542-6 y 542-7, tiene derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios” Siendo el artículo 542-7 el que disciplina el supuesto de hecho relativo a la construcción en suelo total o parcialmente ajeno con valor superior del suelo invadido.

⁴⁸¹MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 194; CUESTA SÁENZ, J. M., “Comentario a la STS de 12 de febrero de 2008”, en *CCJC*, N° 78; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 371, defiende la postura de que cuando la edificación lejos de ser útil y beneficiosa, le resultara perjudicial, no sólo no procederá la indemnización al edificante sino además procedería la reclamación de daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 1902 del Código civil. También BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1495, para el que es lógico hacer compatible ambas pretensiones, restitutoria e indemnizatoria,

(RJ 2006/8227), que en aras del principio de reparación integral del daño, aplica una *solución excepcional*⁴⁸², a un supuesto de colocación (por parte de la Comunidad Autónoma de La Rioja), en parcela rústica ajena pero con creencia de que era propia, de una serie de instalaciones de sondeo, con los correspondientes pozos, depósitos, conducciones de agua y tendido eléctrico. El Tribunal Supremo considera al edificante de buena fe y confirma, en parte, la sentencia de la Audiencia que había concedido una indemnización por los daños y perjuicios causados al *verus dominus*, como consecuencia de la ocupación durante años de su finca por la Comunidad Autónoma, reconociendo que es un efecto no previsto explícitamente en el artículo 361 C.c., argumentándolo de la forma siguiente:

*«En cuando al segundo apartado, indemnización de daños y perjuicios la sentencia de instancia no ha infringido precepto alguno, el razonamiento que expresa es correcto, dice así: El único concepto indemnizable será el derivado de las limitaciones en la utilización y disponibilidad de la finca de su propiedad, conforme a la naturaleza que le es propia de “Erial destinado a pastos” entre la fecha de ejecución de las instalaciones, cuya retirada debe ser acordada, y, la efectiva verificación de la supresión de tales instalaciones; indemnización cuyo importe en concreto, se determinará en ejecución de sentencia; la parte demandante se ha aquietado con esta indemnización y la recurrente, Comunidad demandada, se opone; pero es bien cierto que la demandante se ha visto privada de la disponibilidad del terreno durante largos años y esto es un concepto que, aun no previsto explícitamente en el Código civil debe ser objeto de indemnización»*⁴⁸³

Por el contrario, tal posibilidad es rechazada de forma categórica, por la Sentencia de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/1842), (única sentencia que se cuestiona, como cuestión principal a resolver, la referida a la indemnización adicional). Concretamente, la sentencia dictada en primera instancia, una vez ejercida la opción por el propietario del terreno, condenaba a la parte demandada a indemnizar a la actora (propietaria del suelo) en la cantidad de cinco millones de pesetas por el menoscabo del valor del resto de la finca. En apelación, esgrime el recurrente en defensa de sus intereses, que desde el momento en que se aprecia buena fe en el edificante, se excluye el pago de toda indemnización por parte del que construye. Motivo que fue estimado por el Tribunal Supremo con el siguiente razonamiento:

a las que considera “plenamente independientes” como lo acepta el Código civil catalán (art. 542-8).

⁴⁸²RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3907 y 3908.

⁴⁸³RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3908, tildan de particular el supuesto analizado por la sentencia referida. Entienden que la causa de la indemnización no deriva directamente de una pérdida de expectativas del dueño del terreno, sino que tiene por finalidad resarcir algo ajeno a ello, como es la compensación por la privación temporal del suelo ajeno, durante el periodo anterior al ejercicio de la opción adquisitiva por parte del *dominus soli*. Todo ello, partiendo del dato de que no existe

«El motivo se estima porque, efectivamente, el artículo 361 no otorga derecho al dominus soli para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, únicamente la opción que contiene, seguramente por creer que ello es suficiente para la defensa de su propiedad. Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga al que construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del artículo 1901 del Código civil (sentencias de 29 de julio de 1994 y 12 de diciembre de 1995). Pero ni la sentencia recurrida, ni la de primera instancia que se apeló encajan los hechos litigiosos dentro de la accesión invertida⁴⁸⁴ sino en el artículo 361 del Código civil.»⁴⁸⁵.

Entre los dos extremos, de completa responsabilidad y de absoluta irresponsabilidad del edificante de buena fe, encontramos una postura intermedia, de responsabilidad modulada que es defendida por RODRIGUEZ ADRADOS⁴⁸⁶ para el poseedor de buena fe, en general y por NÚÑEZ BOLUDA⁴⁸⁷ respecto al edificante en terreno ajeno de buena fe, en particular. Tratando así de dar respuesta a la polémica suscitada en torno a la posibilidad de que el *dominus soli* se vea resarcido por los posibles daños y perjuicios irrogados a consecuencia de la actuación del edificante.

Tal postura intermedia toma como punto de partida dos premisas: por un lado, considera que no hay que confundir los daños y perjuicios causados en la cosa principal, esto es, en el terreno propiedad del *dominus soli*, con los daños y menoscabos que sufre, concretamente, la construcción que realiza el edificante, pues son estos últimos los que minusvaloran la obra efectuada y son los que hay que tener en cuenta para fijar el

⁴⁸⁴Poco coherente le parece a BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1495, que la indemnización siempre proceda en la accesión invertida, cuando se trata de un supuesto en el que, por definición, el constructor es de buena fe, y se excluya la indemnización por daños y perjuicios, sin excepción, en otro supuesto de construcción de buena fe, con apoyo principal en la omisión del precepto, que parece ser interpretado a sensu contrario respecto al artículo 360, donde la indemnización se hace depender de la buena o mala fe.

⁴⁸⁵En idéntico sentido la STS de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), cuando dice que en materia de accesión invertida procede “no sólo el abono del precio del terreno ocupado, a la manera como sucede en el caso del artículo 361 del Código” esto es, el Tribunal Supremo considera que la concesión de una acción de indemnización en los casos de accesión invertida no es contradictorio con el artículo 361, pues éste precepto sólo es un punto de apoyo para la construcción de la doctrina sobre la extralimitación, y da a entender que en el supuesto de construcción en terreno enteramente ajeno de buena fe, disciplinado en el artículo 361 C.c., no se puede acompañar el ejercicio de la opción (indemnización-venta) con una acción indemnizatoria.

⁴⁸⁶RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “El dolo del poseedor de buena fe” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Tomo. II, Madrid, 1976, págs. 551 y ss. Vid también, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “La buena fe y el dolo”, VLEX, págs. 1 y 2. <http://vlex.com/vid/articulo-457-593246266> (15-10-2014)

⁴⁸⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. págs. 163 y 164.

montante de la indemnización a satisfacer al edificante (Vid. STS 6 de diciembre de 1985 —RJ 1985/6520—)⁴⁸⁸. Y por otro lado, entiende que, aquellos perjuicios que se causen a la finca en general (por una edificación abusiva, daños en zonas distintas al lugar en que se emplaza la construcción. . .), podrán reclamarse si su actuación es susceptible de ser encuadrada en el artículo 457 C.c.⁴⁸⁹, que reza “El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo”.

Artículo, el 457 C.c.⁴⁹⁰, que ha causado un gran desconcierto y desorientación⁴⁹¹ entre la doctrina, siendo muchos los autores⁴⁹² que no comprenden como un poseedor de buena fe pueda proceder con dolo⁴⁹³, pues al considerar la finca como suya o al menos creerse legitimado para edificar y hacerlo para sí en interés propio, se preguntan ¿cómo va a incurrir en dolo si no tiene intención de dañar a otro?

RODRIGUEZ ADRADOS⁴⁹⁴, comprende la contradicción que la doctrina denuncia, porque no cabe tal intención dolosa en el creer actuar sobre cosa propia. Sin embargo, concibe la situación planteada como posible; sería similar a la de quien posee una cosa de buena fe porque ignora, sin culpa grave, que posee indebidamente, pero que por culpa grave la deteriora o la pierde. Dice, con cita de ENNECCERUS “el daño. . . no

⁴⁸⁸Sentencia que, para llevar a cabo la valoración de la edificación entiende debe atenderse al estado actual de las obras, en el momento en que se le reintegra en la posesión al *verus dominus*.

⁴⁸⁹Procede el artículo, literalmente, del Anteproyecto de 1882, sin relación anterior ni concordancia con los Códigos francés e italiano. Respecto al Proyecto de 1851, en su artículo 434, se exonera de toda responsabilidad al poseedor de buena fe. Según GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 383, “el poseedor de buena fe puede todo lo que el verdadero propietario; puede usar y hasta abusar de la cosa; tantum bona fides tribuit, quantum ipsius rei proprietatis, hasta que se presente el verdadero dueño”.

⁴⁹⁰GRIMALT SERVERA, P., “Comentario al artículo 457 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 3733 y ss.

⁴⁹¹Son muchos los autores que se limitan a transcribir su contenido, e incluso reconocen que es imposible entenderlo. Así lo advierte RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit. págs. 551 y 552. También señala tal dificultad de comprensión NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 163.

⁴⁹²Así lo advierte, MARTÍN PÉREZ, A., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. VI, Edersa, 1980, págs. 326 a 332. Son muchos los autores que se preguntan cómo conciliar el concepto de posesión de buena fe con actuación dolosa. Y cita a PUIG BRUTAU que renuncia, al parecer, a paliar la posible incongruencia del precepto, a MANRESA, que cree que el artículo llama poseedor de buena fe al que lo fuere pero ya no lo es, por haber sido interrumpida su posesión., crítica la postura de MANRESA, porque si se da pie a esa interpretación, implicaría que la excepción del dolo ya no es tal excepción, porque se está en presencia de un poseedor de mala fe y entraría en juego la responsabilidad prevista en el 2º párrafo del artículo.

⁴⁹³RODRIGUEZ ADRADOS., op. cit., pág. 551 y ss. Éste autor dedica un trabajo monográfico en el que explora los distintos caminos para la aclaración de la norma. Afirma que si el dolo se considera como intencionalidad dañosa, la contradicción que la doctrina denuncia sería evidente, pues o cabe tal intención en el creer actuar sobre cosa propia.

⁴⁹⁴RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit., pág. 571, considera como crucial la fijación del concepto de dolo, porque si lo consideramos como intencionalidad dañosa, evidentemente la doctrina crítica llevaría razón, pero puede tratarse de un acto repudiado por el ordenamiento jurídico llevado a cabo sin intencionalidad de lesionar derecho ajeno. La situación le parece posible pues como enseñó D. FEDERICO DE CASTRO, “el derecho subjetivo es un poder confiado al arbitrio de la persona, pero no entregado a su arbitrariedad; el poder se entrega por y para algo, tiene su propio fin y ni siquiera en las legislaciones más liberales dejó de tener sus propios límites”. Vid también MARTÍN PÉREZ, op. cit., pág. 2.

es menester sea querido” y “el dolo se refiere a un resultado contrario a derecho, o sea, que contradice el ordenamiento jurídico”, y concluye “el poseedor de buena fe no puede tener intención de lesionar un derecho ajeno. . . pero sí puede querer un hecho repudiado por el ordenamiento jurídico, y con este dolo, puede proceder el poseedor de buena fe, incurriendo en responsabilidad con arreglo al artículo”⁴⁹⁵.

Sobre tales argumentos parte NÚÑEZ BOLUDA⁴⁹⁶ y entiende que el edificante de buena fe, que se cree propietario, debe cumplir con todos los deberes inherentes a su condición, de modo que si los incumple queriendo unos resultados contrarios a Derecho, actuaría dolosamente o con abuso de su derecho. Pero si además de aquél proceder doloso resultara un daño a un tercero, la primera consecuencia sería la responsabilidad civil frente a ese tercero. Y es aquí donde desplegaría su eficacia, como especialidad, el artículo 457⁴⁹⁷, párrafo primero.

Un supuesto típico y muy frecuente en la práctica, sería el del edificante en terreno ajeno de buena fe, que construye para sí contraviniendo de modo consciente la legalidad o el Planeamiento urbanístico⁴⁹⁸, al hacer una obra en terreno no urbanizable, dando mayor volumen de edificabilidad cuando el mismo está limitado, o atribuyéndole diferente destino al permitido.

Para éste sector doctrinal no sería justo hacer responsable al edificante de todas las actuaciones culposas o negligentes. Todos, con cita de WOLFF, consideran exagerada la responsabilidad ordinaria: «. . . no sería justo, pues el poseedor de buena fe no demandado, ha de poder influir libremente sobre la cosa, sin estar expuesto a pretensiones de indemnización; si procede con negligencia o si incluso empeora la cosa intencionadamente, semejante conducta sería en él, ya que se cree propietario, una culpa “contra sí mismo”, que no cabe imputarle como falta contra otro, porque en realidad

⁴⁹⁵VÁZQUEZ IRUZUBIETA, op. cit., pág. 2, para este autor no es extraño que el propietario de una cosa, al que puede ser asimilado el poseedor de buena fe, por razones contingentes actúe con ánimo de destruir cosa propia, por ejemplo, para el cobro de un seguro, o para evitar un uso compartido, o para resolver un negocio jurídico por desaparición del objeto, etc. . .

⁴⁹⁶NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 163 y ss.

⁴⁹⁷RODRÍGUEZ ADRADOS, op. cit., págs. 552, 567, 569, 570, 572. MARTÍN PÉREZ, op. cit., pág. 4, considera un gran acierto la existencia de tal supuesto de responsabilidad y la delimitación del supuesto de hecho realizada por RODRÍGUEZ ADRADOS, por dos motivos: uno, el acierto de la propia existencia de la norma, frente al silencio de los Códigos italianos, y francés, y la gran incertidumbre que esto provoca. Un segundo acierto es haber huido de los dos extremos: de la completa responsabilidad y de la absoluta irresponsabilidad. La primera es la que por aplicación de normas generales de responsabilidad, en general, acogen las doctrinas italiana y francesa. Y la segunda es la que acoge expresamente el B.G.B. para el periodo anterior a la demanda, en concreto dice WOLFF, op. cit., pág. 525: “Si no existiesen normas especiales, el poseedor de una cosa ajena estaría sujeto a indemnizar al propietario todo daño que hubiese causado a la cosa por culpa leve (§ 823), lo cual no sería justo pues el poseedor de buena fe no demandado, ha de poder influir libremente sobre la cosa, sin estar expuesto a pretensiones de indemnización. . .”.

⁴⁹⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 164 y 165. Para esta autora el edificante, construye con un actuar doloso, consciente de la ilegalidad, transgrediendo los límites del derecho de propiedad, pero con el fin de obtener un provecho propio a la espera de que la Administración no reaccione o reaccione una vez prescrita la infracción.

sea otro el propietario. *Quasi rem suam neglexit*⁴⁹⁹. También, resultaría injusto exonerar al edificante de toda responsabilidad. Por ello los daños causados en la finca en general (edificación fuera de ordenación, menoscabos irrogados al resto de la finca o a elementos preexistentes. . .) y no en la concreta edificación, pues estos últimos serán tenidos en cuenta para cálculo de la indemnización a satisfacer por el *dominus soli* en la primera variante de la opción, podrían ser reclamados al edificante de buena fe, si procedió con dolo en esa actuación.

C. Derechos del edificante: Indemnización y la facultad de retención en garantía de su pago

C1. Ejercicio por el edificante de su derecho a ser indemnizado

La atribución de la propiedad de lo construido al dueño del suelo lleva aparejada la obligación de pago al edificante de la indemnización que venimos analizando, reconocida expresamente a su favor en el artículo 361 C.c. Sin embargo, cuando el artículo citado concede al propietario del suelo el derecho de opción, su lectura sugiere que se le otorga a éste, en exclusiva, la iniciativa⁵⁰⁰ para la solución del conflicto y hasta que no opte, nada podrá reclamar el autor de la edificación.

Como en parte ya se ha avanzado, doctrina⁵⁰¹ y jurisprudencia⁵⁰² han entendido que el tenor literal del artículo 361 C.c. no impide la iniciativa del edificante para reclamar su derecho a la indemnización, *aún antes y con independencia*⁵⁰³ del derecho de opción del *dominus soli*, esto es, el edificante estaría legitimado activamente para interponer demanda suplicando que el *dominus soli* se quede con lo edificado, abonando la “previa indemnización” a aquél. Más, en la demanda el edificante podría pedir la indemnización pero no la venta del terreno⁵⁰⁴, lo que excedería de su derecho a ser indemnizado por el empobrecimiento sufrido por hecho ajeno, que le ha sido reconocido legalmente. Será el *dominus soli*, vía reconvencción, el que deberá ejercitar la opción, y exteriorizar su voluntad eligiendo la venta forzosa, si no quiere aceptar las consecuencias de la accesión y su correlativa obligación de pago.

⁴⁹⁹WOLFF, op. cit., pág. 525. Se afirma por el autor que la necesidad del principio romano consagrado en el D. 5, 3, 31, 3, (vid. también el artículo 938 del Código civil suizo) es tan grande que el principio contrario LANDRECHT prusiano (§ 219 I, 7) siempre se ha considerado como una aberración “inconcebible” a la que muchas veces se ha tratado de limitar.

⁵⁰⁰DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 303. En idénticos términos NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 153.

⁵⁰¹RUIZ-RICO y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3930, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 153. DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 303.

⁵⁰²Vid. SSTS de 23 de marzo de 1943 (RJ 1943/405), 15 de octubre de 1962 (RJ 1962/3870), 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715), 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2039) y 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708). A ésta última se remiten muchas sentencias de Audiencias Provinciales como la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014.

⁵⁰³DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 303.

⁵⁰⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 154. Advierte esta autora que el edificante no puede demandar al *dominus soli* y exigir la compraventa, no puede consignar judicialmente el precio del terreno y exigir el otorgamiento de escritura pública. Sólo puede exigir su indemnización.

Tal posibilidad de accionar del edificante se reconoce en la STS de 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2039), en la que se resuelve un supuesto de hecho en el que los constructores demandan a los propietarios para que les abonen el valor de lo edificado en su finca, aunque la sentencia, finalmente, desestima la pretensión de la actora, no porque el edificante en suelo ajeno carezca de legitimación activa para exigir su indemnización, sino porque los demandados acreditan la existencia de un acuerdo con la propietaria y su marido para instalar en la obra nueva un negocio conjunto, una sociedad atípica de explotación avícola, acreditando, también, que los materiales eran en parte propiedad del *dominus*, lo que haría inviable la entrada en juego del artículo 361 C.c.

Mucho más reciente, la STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708), analiza detalladamente la legitimación activa del edificante, que en un primer procedimiento había suplicado la adquisición del terreno. Pretensión que le fue desestimada en primera instancia y en apelación al considerar que no le correspondía la facultad de opción del artículo 361 C.c. al ser exclusiva de los propietarios del suelo. Tras su intento fallido de adquirir la finca, el edificante incoa un segundo procedimiento suplicando el abono del valor de la edificación. Pretensión a la que los propietarios oponen, por un lado, la excepción de cosa juzgada, que no es apreciada por el Tribunal Supremo “pues las pretensiones que constituyen el objeto de uno y otro procedimiento son distintas, aunque coincidan las personas litigantes, la calidad con que lo fueron y la causa de pedir, ya que en cada uno de los referidos procesos el actor ha formulado una pretensión diferente respecto de las posibilidades que al dueño del terreno concede el artículo 361 del Código civil”. De otro, oponen la infracción de lo dispuesto en el artículo 361 C.c., al no haber respetado el demandante la facultad de opción que se concede al *dominus soli* por el referido precepto. Para el Tribunal Supremo, “es cierto que el correcto ejercicio procesal de los derechos que para el constructor de buena fe en terreno ajeno dimanar de lo dispuesto en el artículo 361 del Código civil debería llevar a plantear la demanda en términos de condena a la parte demandada —titular del terreno— a ejercitar la opción prevista en dicha norma; pero también lo es que, como ya se ha adelantado, instada una de tales posibilidades por el actor en el proceso anteriormente referido, y desestimada la demanda al no conformarse con ellos los demandados, queda abierta al demandante el ejercicio de la acción que sostiene en el presente pleito a efectos de que tenga lugar la segunda. Lo contrario sería vaciar de contenido la norma del artículo 361 del Código civil y la total negativa del derecho que de la misma dimana para el constructor de buena fe...”.

Criterio que de modo uniforme ha sido adoptado por sentencias posteriores como la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014/273549), que sostiene “que si bien el derecho de opción se encuentra establecido en el artículo 361 del Código civil, en principio, en favor del dueño del suelo, no impide que el edificante pueda ejercitar su pretensión para reclamar su derecho sobre el terreno o solar, incluso con anterioridad e independientemente de la opción del dueño del terreno”.

En cuanto a la naturaleza de la acción del edificante para exigir el pago, no es, co-

mo algunos pretenden⁵⁰⁵, la acción del gestor de negocios ajenos, pues el edificante no actúa con voluntad de gestionar un negocio ajeno, *animus negotia aliena gerendi*⁵⁰⁶, sino *nomine proprio*⁵⁰⁷. Estaríamos ante una acción personal⁵⁰⁸ de restitución por enriquecimiento sin causa, la “*condictio sine causa*”. Así se ha reconocido por la RDGRN de 19 de mayo de 1952 (RJ 1952/1627) al declarar que, “cuando las obras no hayan sido hechas o costeadas por el propietario del suelo, sólo se produce en general un derecho personal a la indemnización en favor del constructor”.

Sentado lo anterior, aún hay otra cuestión a la que necesitamos dar respuesta: ¿a quién puede el edificante exigir la indemnización? *A priori* la respuesta parece sencilla, “natural y directamente al propietario del suelo que reivindica”, pero la respuesta puede resultar complicada cuando el inmueble ha sido transmitido a tercer adquirente, en tal caso ¿quién es el legitimado pasivamente del ejercicio de la acción por edificante de buena fe, vía demanda o vía reconvencción?

Son distintas las posturas doctrinales mantenidas. Así, MANRESA reflexiona y trata de dar respuesta al interrogante con cita de LAURENT y RICCI. El primero de los autores considera que, “si el fundo, después que las construcciones han sido hechas, fue adjudicado a un tercero... la acción de indemnización debía dirigirse contra aquel

⁵⁰⁵CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 320, 339 a 341; DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation*, T.IX, París, 1866, págs. 590 a 592, propone como alternativa la aplicación de las reglas de la gestión de negocios ajenos ex artículo 1375 del Code en lugar del artículo 555, porque considera a éste último abusivo, sobre todo por su comparación con el artículo 554, correlativo de nuestro artículo 360 C.c., observando entre los dos una contradicción de principios porque el primero prohíbe al *dominus materiae*, por razones de orden público, pedir la demolición sea el *dominus soli* constructor de buena o mala fe, y sin embargo, el artículo 555 sí que permite tal demolición cuando el constructor es de mala fe. Pero debemos objetar que en el artículo 554 es el propio *dominus soli* el que construye, y por tanto exterioriza su voluntad de que opere la accesión y entre en juego el principio *superficies solo cedit*. Ninguna de estas dos circunstancias se produce en el artículo 555 (correlativo al 361 C.c.).

⁵⁰⁶ARCOS VIEIRA, M^A L.: «Comentario al artículo 1888 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 12878 y ss., enumera como presupuestos de la gestión: 1. Voluntariedad de la gestión; 2. Ajenidad del interés; 3. Licitud de la intromisión y licitud del asunto gestionado; 4. Ignorancia del *dominus* o *absentia domini*. Vid. también, CAÑIZAREZ LASO, A., “Tipología de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español)”, *ADC*, 1995, pág. 699, para ella la falta de voluntad de gestionar un negocio ajeno excluye la gestión, esto es la gestión de negocios ajenos exige dos presupuestos, de un lado el gestor debe conocer el carácter ajeno del negocio, pues si actúa para otro creyendo que el negocio es propio quedarían excluidas las normas de la gestión (Vid. § 687 I BGB). De otro, debe querer conducir el negocio como ajeno, aunque no es necesario el conocimiento de la persona concreta del *dominus*. (Vid. §§ 687 II, 677 y 677 BGB).

⁵⁰⁷DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298, define al edificante como la persona que toma la decisión y realiza los gastos e inversiones necesarias para la obra, aun cuando no la lleve a cabo personalmente.

⁵⁰⁸El Código no señala el plazo para la reclamación al edificante, pero se estaría ante un acción personal y su plazo de prescripción será de a cinco años, tras la modificación del artículo 1964 *in fine* por Ley 42/2015 de 5 de octubre, y se contará desde el día en que puede ejercitarse la acción (artículo 1969 C.c.), no desde que se produjo la unión indisoluble, pues el edificante al ser de buena fe se cree dueño del terreno o con derecho a edificar, y ni siquiera sabe que existe un auténtico *dominus soli* a quien ha enriquecido injustamente con su edificación. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 156.

que era propietario en el momento en que las construcciones hubieran sido hechas”⁵⁰⁹. El segundo (RICCI) al hilo de su comentario al artículo 450 del Codice considera que “con la ayuda de los principios la cuestión es fácil de resolver. Cuando el tercero construye en suelo de otro, hace obra en provecho y utilidad de aquel que en tal momento es propietario del suelo; de ahí que la indemnización debe ser cosa suya y de nadie más. Debe advertirse, además, que el nuevo propietario adquiere la cosa en el estado en que se encuentre, y por tanto, ha pagado por ella al adquirirla, todo lo construido; ¿cómo obligarle a pagar de nuevo?”. Pero a renglón seguido puntualiza “Sin duda, pues, aunque el tercero puede dirigirse contra el dueño actual del terreno, la indemnización debe correr a cargo de quien se ha aprovechado de la accesión”.

Por otro lado, RUIZ-RICO y CASTAÑOS CASTRO⁵¹⁰, consideran que el edificante conserva contra el nuevo adquirente su derecho a reclamarle el valor de lo edificado, como presupuesto para la adquisición dominical, incluso aunque en el negocio transmissivo se hubiera valorado la edificación a la hora de fijar el precio de la transmisión, por cuanto ese acuerdo o negocio sería una *inter alios acta* frente al tercero edificante⁵¹¹.

Una posición más laxa y justa, habida cuenta de que lo que se trata de paliar es el desequilibrio patrimonial que la accesión provoca entre el edificante de buena fe, injustamente empobrecido, y el propietario del suelo que sufre un enriquecimiento injustificado⁵¹², sería distinguir dos posibles situaciones:

La primera se produciría si el *dominus soli* transmite a tercero la finca, pagando este último suelo más edificación, y sin que aquél haya indemnizado al constructor. La legitimación pasiva será del transmitente que es el que se ha enriquecido con la edificación y no del nuevo adquirente.

La segunda, si el terreno se transmite como tal, sin incluir en el precio de venta el valor de lo edificado, cada sucesivo adquirente resultaría enriquecido injustamente y, por tanto, pasivamente legitimado para soportar el ejercicio por el edificante de su acción dirigida al cobro de la indemnización⁵¹³ y a paliar un enriquecimiento injustificado.

Sentado lo anterior, en la práctica, el problema relativo a la legitimación pasiva, fundamentalmente se plantea en aquellos casos de ejecución hipotecaria⁵¹⁴, cuando el

⁵⁰⁹MANRESA y NAVARRO, op. cit., pág. 191 y 192.

⁵¹⁰RUIZ-RICO y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3904.

⁵¹¹También LACRUZ, op. cit., pág. 139, considera que “la primera posibilidad que concede el artículo 361 grava al dueño del terreno, no, lógicamente, al que ha dejado de serlo”.

⁵¹²BASOZABAL ARRUE, «Enriquecimiento...» cit., págs. 303 a 306.

⁵¹³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 155 y 156. considera que el nuevo adquirente quedaría subrogado en la posición del *dominus soli* transmitente, que puede atender a la reclamación y pagar, u optar por la venta forzosa.

⁵¹⁴NAVARRO CASTRO, M., “STS de 4 de abril de 2002. Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores”, en *CCJC*, N° 60, 2002, pág. 967. El embargo asegura el buen fin de la ejecución mediante la afección erga omnes del bien trabado al procedimiento en que se decreta. La anotación preventiva garantiza el gravamen real sobre la finca registral otorgando rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados con posterioridad a

objeto de tasación queda referenciado con el valor del solar de la finca registral, sin inclusión del valor de la obra nueva⁵¹⁵, normalmente superior, de forma que el adjudicatario adquiere⁵¹⁶, normalmente, por título de cesión del remate la finca registral con inclusión de la obra nueva, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 353 C.c. y el principio *superficies solo cedit* (artículo 358 C.c.).

En tal contexto, el Tribunal Supremo no se cuestiona la legalidad de la adquisición por la adjudicataria, tanto respecto del solar como de la edificación (*superficies solo cedit*), sino si está correctamente formada la relación jurídico procesal y el injusto empobrecimiento del edificante.

Así, destaca entre otras por haber resultado especialmente conflictiva, la sentencia de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2007/8122), que resuelve un supuesto en el que el edificante ejercita la segunda opción del artículo 361 C.c. contra quien era propietario cuando efectivamente ejecutó la obra, y contra quien más tarde adquirió la finca en subasta pública y resultó injustamente enriquecido por la no inclusión en el remate del valor de la obra. Adquirente que posteriormente hizo declaración de obra nueva⁵¹⁷ y, tras la misma, vendió y cobró finca más edificación a los actuales dueños registrales. El Tribunal Supremo desestima íntegramente el recurso interpuesto por el demandante, en su día edificante, y declara la falta de legitimación pasiva de quien ya no es propietario de la finca ya que “transmitió la finca mediante escritura pública otorgada el 26 de marzo de 1997, a don Cosme y doña Daniela y que la inscripción en el Registro de la Propiedad se llevó a cabo el 5 de mayo de 1997, lo cual significa que, a la fecha de presentación de la demanda ante el juzgado, esta litigante no era titular dominical de la referida finca. . .”.

Debajo de esta doctrina, parece latir la consideración de que los artículos 361 y ss. C.c. resuelven la cuestión de atribución dominical y difícilmente se puede conseguir ese objetivo si no intervienen en el proceso quienes son edificante, por un lado, y *dominus soli* actual, por otro, pues se incurriría en una falta de legitimación pasiva

la fecha del asiento de presentación, con lo que se evita la operatividad del artículo 34 LH en favor del tercer adquirente, y la subasta supone “una oferta en venta” de la finca embargada que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública como “traditio” instrumental para producir la adquisición del dominio.

⁵¹⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada, según nuestra jurisprudencia”, pág. 12 y ss. Se pregunta el autor ¿qué ocurre en materia de ejecución de la hipoteca, en caso de impago de deudas dinerarias, cuando hay alguna accesión u obra nueva a la que la hipoteca no se expande, casos de los artículos 110.1º in fine y 111 LH?

⁵¹⁶Y aunque la finca no esté en posesión del ejecutado sino de un tercero, por ejemplo, el edificante, la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la *traditio* instrumental del artículo 1462.2 C.c. tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca, de tal modo que la retención de la posesión no anularía el efecto traditorio de la escritura pública. NAVARRO CASTRO, op. cit., pág. 979.

⁵¹⁷Advierten CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit. pág. 85, que aun estando sometida la declaración de obra nueva, como actor de transcendencia registral, a los principios de legitimación y tracto sucesivo, sólo será precisa la previa inscripción del inmueble a favor del declarante, pero ello no impone que éste inscriba una construcción previamente realizada y no inscrita por otro propietario anterior; pues no rige ahí el principio de tracto sucesivo respecto de la obra declarada.

“ad causam” para soportar dicha acción (Vid. STS de 28 de febrero de 2007 —RJ 2007/1627—)⁵¹⁸; y que es cuestión totalmente distinta, la relativa a la indemnización a que tiene derecho el demandante-edificante. No hay inconveniente en que éste obtenga una condena al pago del valor del edificio, siempre que así lo solicite y acredite que hubo un enriquecimiento sin causa por parte de ese concreto demandado, a costa del autor de la construcción. En tal sentido la sentencia de 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8712), donde se permite a la princesa persa Ashraf dirigir su acción contra la adjudicataria de la finca más la edificación realizada y costada por ella, aplicando el instituto del enriquecimiento sin causa. En idénticos términos las sentencias de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733), 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8937) y de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/710), todas ellas referidas a un supuesto de ejecución de solar hipotecado, cuyo objeto de tasación queda referenciado al valor del solar de la finca registral sin incluir el valor del chalet u obra nueva realizada sobre el mismo, donde finalmente se adjudica toda la finca con sus accesiones y mejoras al rematante, aunque sólo ha pagado el valor del solar. El rematante se queda con todo y paga al edificante en un acto posterior a fin de evitar su enriquecimiento injusto⁵¹⁹.

C2. La facultad de retener del edificante

En caso de que proceda indemnización a favor del edificante, parece que el éste puede ejercitar, en garantía del cobro de los gastos útiles⁵²⁰ realizados en la construc-

⁵¹⁸La sentencia pone de manifiesto que “la construcción que genera derechos para el constructor de buena fe se ha de llevar a cabo una vez adquirida la propiedad por aquél del que se pretende la indemnización por la obra construida, pues en el caso contrario éste carecerá de legitimación pasiva para soportar dicha acción”.

⁵¹⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 13, opina que con la solución que a fecha actual otorga el Tribunal Supremo a los casos de edificaciones nuevas de fincas hipotecadas, desde luego protege a los acreedores hipotecarios, pues tal ejecución de solar más edificación por el valor de la primera no va a causar desánimo en la subasta. Para él la solución que podría darse a tal problema se encontraría en el artículo 13 de la LH en el que parece preverse la ejecución conjunta de finca más edificación, y en su literalidad parece establecerse la posibilidad de que se pague el precio de la parte de inmueble no hipotecada a su titular antes de que al acreedor, en satisfacción de su crédito hipotecario, obtenga la parte del precio correspondiente al valor de la parte de inmueble sí hipotecado (artículo 13 LH, en su último párrafo? Y se pregunta ¿por qué no puede ser, entonces, ese mismo método ejecutivo para todos los demás casos en que la hipoteca no se extiende a ciertas accesiones o mejoras? Aunque la ejecución en subasta sea total, del precio obtenido el acreedor sólo tendrá derecho al valor de lo efectivamente hipotecado y no se enriquezca, una vez visto satisfecho su crédito, injustamente. Al propietario del edificio pertenecerá el importe en que se valoren tales accesiones, que en la práctica será el exceso de remate respecto al valor de la finca, deducidas otras posibles accesiones y mejoras que sí se integren en la extensión legal de la hipoteca y pertenezcan al acreedor.

⁵²⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 171, entiende que el edificante puede retener en garantía del pago de los gastos útiles y necesarios. Sin embargo, dentro del marco de la accesión, mantenemos nuestra postura de que la edificación debe suponer una mejora de la finca. Y ello sólo se produciría respecto a los gastos útiles. No se debe olvidar que el edificio es una accesión de la finca, y ésta desde el punto de vista del *dominus soli*, era únicamente el suelo. Luego gastos necesarios, serán aquellos que resulten precisos para conservar la finca en su estado anterior a la edificación, pero no los necesarios para la ejecución y realización de la edificación porque éstos son siempre mejora, son gastos útiles. Es posible que, una vez realizada la edificación, como su propiedad, según la tesis de la automaticidad defendida, corresponde

ción (si el *dominus soli* decide no pagar el aumento de valor), el derecho de retención⁵²¹ que establece el artículo 453 C.c. en su párrafo segundo⁵²².

Y es que el Código civil, frente al debate existente al respecto en la doctrina extranjera⁵²³, y dentro de nuestras fronteras en Cataluña⁵²⁴, ha zanjado cualquier polémica

al *dominus soli* desde el mismo momento de la unión indisoluble, los gastos que con posterioridad se lleven a cabo en la misma para su conservación tengan el carácter de necesarios y por lo tanto sí serán abonables y respecto a ellos tendrá cabida el derecho de retención, desde la órbita del artículo 453 párrafo primero. *Pero propiamente hablando no son gastos necesarios de la edificación.* En contra GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 228. Respecto a los gastos suntuosos o de puro lujo, la mayor parte de los autores (DÍEZ PICAZO, LACRUZ, HERNÁNDEZ GIL) entienden el silencio del Código como negación del derecho a retener los adornos. En contra de esto y reconociendo derecho de retención en tanto en cuanto no sean abonadas las impensas voluptuarias. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 379 y 380. También CUSÍ ESCOFET W., “Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 1969”, *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 69, nº 2, 1970, págs. 334 y ss.

⁵²¹Vid. SSTS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715) que afirma que el artículo 361 C.c. debe ser interpretado en el sentido de que “mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código, puesto que la res nova que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361, y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado que al dueño del terreno sobre el que se edificó”.

⁵²²FEMENÍA LÓPEZ., op. cit., págs. 3058 y 3059.

⁵²³En atención al carácter privilegiado y excepcional del derecho de retención, y que sólo cabe su concesión legal, la doctrina extranjera niega que tal retención exista en sede de accesión pues nada dicen sus códigos al respecto (art. 555 del Code y 450 del Código italiano de 1865). De este modo opinan BAUDRY-LACANTINEIRE, y CHAUVEAU, en parte AUBRY Y RAU y DE PAGE, aunque éste último propone de *lege ferenda* su concesión al constructor de buena fe. En Italia RUSSO y SBOLCI. Por el contrario consideran que sí goza de retención PASTORE, sobre el artículo 462 del Código civil sardo o Albertino y sobre el Codice de 1865, PASQUALI y DELL’AQUILA. En Francia conceden el derecho de retención sólo al constructor de buena fe POTHIER, DURANTON, JOSSERAND, RAYNAUD, LEVIE y MAZEUD. Y son muy pocos los que defienden el derecho de retención a todo constructor, a la vista de que el artículo 555 francés no hace distinción alguna, éste es el caso de MARCADE, DEMOLOMBE y GIVERDON. Doctrina que encontramos en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 417, nota 249. También NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 107.

⁵²⁴Frente al tradicional reconocimiento del derecho de retención en el usatge “si quis in alieno” que manifestaba: “Si alguno con materiales propios edificar casa en suelo ajeno, sea la casa de quien sea el suelo, pero si hubiere edificado de buena fe, creyendo suyo el suelo, podrá retener la casa hasta que se le reintegre del precio de los materiales y salario de los operarios”. Conforme a él, el artículo 278 de la Compilación catalana decía “El que con buena fe haya edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios, en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores”. Continuando la tradición la Ley catalana de 2001, sobre accesión y ocupación en su artículo 16 dispone: “La persona que haya plantado, sembrado o construido algo de buena fe en suelo ajeno puede ejercer el derecho de retención de la plantación, el cultivo o la construcción hasta que haya sido resarcida o indemnizada por ello” y añadía el artículo 17: “El derecho de retención se extingue cuando la persona propietaria de la finca reintegra, afianza o consigna judicial o notarialmente el importe de la indemnización o el resarcimiento”. Por el contrario no hay rastro de tal reconocimiento expreso en el actual Código civil catalán. Sin embargo un sector doctrinal (PUIG FERRIOL y MARSALL GUILLAMET) sigue defendiendo el derecho de retención con remisión a lo dispuesto en el actual artículo 569-4, a) y

con respeto absoluto de la tradición histórica romana⁵²⁵ y de la doctrina formada en torno a la escueta mención hecha en las Partidas. Concretamente, la Ley 44, tít. 28, P. 3ª, decía: “E en tal caso como este dezimos, que aquel que las despensas fiziere, que sean menester facerlas, que las debe e las puede cobrar, de mientras que fuere tenedor de la casa, o de la heredad en que las fizo, quiera ya buena fe, quier mala en teniéndola: e maguer el señor de la casa, o de la heredad lo venciesse en juyzio, non gela debe ante entregar, fasta quel de lo que despendio en esta razón”⁵²⁶.

Así concebido el derecho de retención, parece que únicamente puede partir del principio de atribución automática de la propiedad a favor del *dominus soli*⁵²⁷, ya que, desde la postura mayoritaria del dominio separado, mal se puede retener aquello que es propio. Estaríamos ante la “figura monstruosa y disparatada” a la que aludía SÁNZ FERNÁNDEZ: “derecho de retención en garantía de un crédito sobre una cosa propiedad del acreedor”⁵²⁸. Aunque se dirá, por éste sector doctrinal, con el fin de no caer en tal absurdo, que el derecho de retención no es sobre el edificio, que se tiene en propiedad, sino sobre la finca en la que aquél se levanta⁵²⁹. También, resultará igual-

e), esto es, “Pueden originar el derecho de retención las siguientes obligaciones: a) El resarcimiento de los gastos necesarios para conservar y gestionar el bien y de los gastos útiles, si existe derecho a reclamar su reembolso. e) Cualquier otra deuda a la que la ley otorgue expresamente esta garantía”. Pero hoy se encuentran derogados el artículo 5 de la ley catalana de derechos reales de garantía, que data del 5 de julio de 2002 y los artículos 16 y 17 de la LAO de 31 de diciembre de 2001. Pudiendo entenderse que el legislador catalán ha tenido un descuido. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 418, nota. 250. Sin embargo, tal interpretación la impide el preámbulo del libro V catalán que en materia de derechos reales simplemente se pretende “una simplificación notable del texto de la ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación” y también, de conformidad a lo que más adelante añade: “la regulación de los derechos reales de garantía se hace siguiendo la Ley 19/2002, aunque se simplifica la normativa concerniente al derecho de retención”. ¿Supondría la simplificación la exclusión histórica del derecho de retención? Vid. también, CUSÍ ESCOFET, op. cit., págs. 323 a 338.

⁵²⁵Hay que recordar que en el *Ius civile*, la *exceptio doli* era concedida sólo al poseedor de buena fe, fundamentándose la concesión en la equidad. Fue en época posterior, en el Derecho Justiniano cuando se concede el derecho de retención —enmarcado en la *exceptio doli*— no sólo al poseedor de buena fe sino también al de mala fe por los gastos necesarios, además de al primero los útiles. Consecuentemente deja de ser un remedio jurídico del poseedor de mala fe para recuperar los gastos útiles y sólo se premia al de buena fe, fundamentándose la *exceptio* en la reanudación del equilibrio patrimonial y en la evitación del enriquecimiento injusto. GARCÍA GOYENA, así lo pone de manifiesto en sus comentarios al analizar el artículo 432 del Proyecto de 1851, GARCÍA GOYENA, op. cit. págs. 380, 381 y 382. También NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 147. BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, ristampa inalterata della quarta edizione ampliata ed aggiornata, Milano, 1972, pág. 278.

⁵²⁶Solución idéntica a la posteriormente prevista por la Ley 46 de la Leyes de Toro, como medio único para recuperar las impensas realizadas en la cosa “. . . quando se le pide particularmente por reivindicación. . .”

⁵²⁷ROCA SASTRE, J. Mª., “Ensayo sobre el Derecho de superficie”, *RCDI*, N° 392-393, Madrid, 1961, pág. 28.

⁵²⁸SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 147, critica arduamente la postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de noviembre de 1902, que reconocía la propiedad del de constructor sobre la edificación y su cualidad de acreedor de la indemnización, además de su facultad de retención sobre “su propiedad” en tanto no sea indemnizado.

⁵²⁹NAVAS NAVARRO, op. cit. págs. 104 y 105. LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 140, con cita de sentencias como la 21 de mayo de 1928, y la de 6 de diciembre de 1985, centra la facultad de retener del constructor de buena fe en finca ajena, en ésta hasta que no se le abone la indemnización. Considera

mente insostenible e incompatible, el derecho de retención con la postura de quienes entienden que el edificio no es de nadie, y defienden posesión y retención sobre *res nullius*⁵³⁰.

En definitiva, más acorde con nuestra historia y con la lógica natural de la accesión, es la consideración de que una vez producida la unión indisoluble, y aceptada la accesión por el *dominus soli*, ésta retrotraerá sus efectos al momento de la incorporación. El edificante no es, ni habrá sido, propietario de la edificación, sólo tendrá un derecho de crédito en cuya garantía se le concede el derecho de retención hasta su total satisfacción⁵³¹, que recae sobre el todo (edificio y suelo)⁵³², al igual que la propiedad del *dominus soli*. La disociación, por tanto, no será dominical sino de la propiedad del todo y su posesión.

Por lo que respecta a su ejercicio, normalmente se llevará a cabo por vía de excepción. Y no, en cambio, por vía de acción⁵³³. SCAEVOLA y LÓPEZ DE HARO⁵³⁴,

además el derecho de retención como innecesario, dado que, por hipótesis, el dueño no puede reclamar la posesión de su finca, ni recibir la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización.

⁵³⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 419, se pregunta ¿cómo es posible poseer y retener algo que no es de nadie? Y denuncia que una vez más se adoctrina contra nuestra propia historia jurídica, cuando ya desde el Derecho romano, objeto de la retención era el edificio en sí, que como cosa compuesta era ya del *dominus soli*, aunque se estimase que los materiales con que estaba hecho eran aún propiedad del constructor. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 8, defiende esta teoría del *dominium dormiens* de los materiales.

⁵³¹Respecto a las causas de extinción del derecho de retención el total sería una de ellas. Respecto al pago parcial (artículos 1157 y 1169 C.c.) sólo será posible si el edificante-retentor lo autorice expresamente. A mi juicio podrá seguir ostentando la tenencia de la cosa hasta el completo pago y extinción total de la deuda. Otras causas de extinción serán aquellas a las que se refería el derogado artículo 278 de la Compilación catalana "... reintegre, afiance o consigne judicialmente", esto es, la extinción del crédito que se garantiza o constitución de nueva garantía, pero también: 1.- la pérdida o destrucción de la cosa; si fuere parcial sobre el resto continuará el derecho de retención; 2.- la pérdida de la posesión (salvo en caso de despojo); 3.- la renuncia del titular del derecho de retención. NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 161.

⁵³²En contra DÍEZ PICAZO, op. cit. pág. 303, que circunscribe el derecho de retención sobre la edificación en sí misma considerada y no sobre toda la finca sobre la cual se haya edificado.

⁵³³SCAEVOLA, op. cit., pág. 504, respecto a la protección jurídica del retentor señala que "el derecho positivo viene en confirmación de nuestro criterio (la facultad más importante del derecho de retención es ser amparado por los interdictos). Se da el interdicto de retener o recobrar, dice el art. 1651 de la Ley procesal, cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya ya sido despojado de dicha posesión o tenencia. . . Entre los requisitos intrínsecos del derecho de retención, figura el de la existencia actual de una posesión de hecho. Si, pues, la posesión existe, y a mayor a mayor abundamiento consagrada por una disposición legal, es indiscutible que habrá de ser amparada por los interdictos posesorios". NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. pág. 173, al discutir sobre la naturaleza del derecho de retención, bien como derecho personal, o simple acto posesorio. Decantándose por la última de las opciones y, como tal acto posesorio, seguirá la suerte de la posesión. Así considera que si el edificante abandona la posesión, perderá la garantía y no podrá reclamar que se le ponga otra vez en posesión de la cosa, así lo decía la STS de 21 de mayo de 1928 (JC, 1) "no se puede retener aquello que con anterioridad ha salido de nuestro poder" pero ello no obsta a que el edificante pueda reclamar los derechos que la accesión producida le confieren.

⁵³⁴LÓPEZ DE HARO, C., *El derecho de retención*, Madrid, 1921, pág. 68. Para el que las acciones que nacen del *ius retentionis*, en cuanto al retentor, son realmente una excepción, la que le permite

señalan que “la retención no goza de acciones, pero la posesión de la cosa, en estado de retención, está amparada por las leyes. No se podrá alegar la retención como derecho sino excepcionando, pero si se ataca el estado de hecho de la retención, su defensa toma carácter activo y surgen las acciones posesorias”.

En efecto, debemos tener en cuenta que en el supuesto de hecho del artículo 361 C.c. nos encontramos ante un edificante de buena fe que cree construir en terreno propio o, al menos, que está legitimado para ello, y por lo tanto, será el *verus dominus* el que ejercite la acción⁵³⁵ pertinente tendente a la recuperación del bien objeto de su propiedad. Normalmente, ejercerá una acción declarativa, la reivindicatoria⁵³⁶, una acción de desahucio, o, incluso, la acción personal de indemnización de daños y perjuicios, etc. . . El derecho de retención se esgrimirá, como regla general, vía reconvencción⁵³⁷ cuando el demandado solicite que se declare su existencia. Aunque, si bien es cierto, existen, como hemos visto a lo largo de este trabajo, supuestos donde es el edificante el que acciona y suplica el otorgamiento de escritura pública, o subsidiariamente y a elección del interpelado, que se condene a éste a hacer suyas las obras realizadas por el edificante (demandante) previa indemnización, declarando el derecho del accionante a retener el inmueble hasta que se le abone la inversión realizada (Vid. STS de 30 de enero de 2007 —RJ 2007/1708—).

C3. Especial consideración a la facultad de retener del constructor-precarista

Cuestión polémica es la relativa al derecho de retención en la aplicación natural del artículo 361 C.c. a los casos de obras realizadas en suelo ajeno por quien no es estricto poseedor del suelo: el precarista⁵³⁸ o persona que realiza la obra *iure familiaritatis*.

retener mientras no se le satisfaga su derecho, porque el *ius retentionis* no es actuación de ataque sino pasividad que comporta defensa.

⁵³⁵GARCÍA GIL, F.J., *La protección del dominio y de la posesión. Tratamiento jurisprudencial*, Edisofer, Madrid, 1997, pág. 7 y ss., 129 y ss., 217 y ss., 611 y ss., 737 y ss. Vid. también LLAMAS POMBO, E., *Acciones civiles*, T. IV., *Derechos reales. Derecho inmobiliario*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 3 y ss., 30 y ss., 272 y ss., 381 y ss., y 407 y ss.

⁵³⁶La jurisprudencia recuerda que en esta situación transitoria y hasta que no se ejerciten los derechos del artículo 361 en la forma señalada a instancia del dueño del suelo o del edificante (indemnización), ni a uno, ni a otro les compete ni acción reivindicatoria, ni declarativa de dominio, que no pueden ejercitar con éxito, y en tal situación el poseedor de buena fe conserva la posesión de la edificación al tener un derecho de retención sobre la misma. En tales términos se pronuncia la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014/273549).

⁵³⁷NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 161 añade, que se ha reconocido la posibilidad de ejercitar el derecho de retención en periodo de ejecución de sentencia y cita las siguientes sentencias: SSTS de 8 de julio de 1897, 27 de noviembre de 1902, 30 de mayo de 1969, 7 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990 y la SAT Barcelona de 30 de noviembre de 1971.

⁵³⁸La jurisprudencia ha ido ampliando paulatinamente el concepto de precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva. Se trata de “una situación de hecho, que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya

Una vez más, son dos las posturas doctrinales enfrentadas. De un lado, NAVAS NAVARRO, considera paladino que el precarista (genéricamente, el poseedor natural⁵³⁹) no pueda retener, ni impedir el desahucio⁵⁴⁰, y considera, además, que el artículo 361 C.c. y demás normas en sede de accesión, así como los artículos 453 y 454 C.c., a los que aquél se remite, parten del presupuesto de la inexistencia de relación jurídica que vincule a ambos poseedores (vencido y vencedor). Siendo posible, en las situación posesorias de carácter tolerado, apreciar aspectos, que como destaca Díez Pícazo, pueden consistir en la existencia de un contrato de precario o actos posesorios que ponen de manifiesto un concurso de voluntades; una relación jurídica que discipline tal situación, esto es, los derechos y deberes de precarista y poseedor tolerante.

También se ocupa la autora del otro supuesto conflictivo, que bien podría englobarse en el anterior, se refiere a aquellos actos realizados por mera tolerancia, con base, normalmente a razones de vecindad, amistad o familiaridad, (*iure familiaritatis*), actos

porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia respecto aun poseedor de peor derecho”. NAVAS NAVARRO, op. cit., pág. 150.

⁵³⁹Idéntica postura la mantiene CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 334 y 335. También FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3059, que considera que el derecho de retención sólo puede reconocerse al poseedor con título, al poseedor civil, pero no al precarista, que carece de título para ello y goza de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta por los gastos realizados, ni impedir el desahucio. En tal sentido VID. STS de 9 de julio de 1984 (RJ 1984/3804) que reza “el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista que carece de título y goza sólo de la mera tolerancia o posesión natural de la cosa y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio, según se desprende de los artículos 1599 y 1600 de la L.E.C”, continúa “los demandados, carecen de título alguno para la posesión de la casa, toda vez que su ocupación, sólo obedeció a una concesión graciosa de la demandante y que como consecuencia de ellos no tienen otra calificación legal que la de precaristas, es obvio que no pueden ejercitar el pretendido derecho de retención, por lo que debe decaer este motivo”. En idéntico sentido, la STS de 17 de mayo de 1948 (RJ 1948/771).

⁵⁴⁰Vid. SSAP de Asturias de 16 de julio de 2007 (JUR 2007/341981), de Las Palmas de 25 de junio de 2011 (JUR 2011/8231) y de Murcia de 12 de julio de 2013 (JUR 2013/275472), en todas ellas se ejercita la acción de desahucio y es desestimado íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el actor y propietario del *solum* donde el precarista o familiar había realizado edificación nueva. Las Audiencias consideran la no procedencia por tratarse de una cuestión compleja, no limitada al uso en precario de la propiedad del recurrente y remite a los trámites del juicio ordinario que corresponda donde se puedan dilucidar las cuestiones relativas al pago de la indemnización y a la procedencia del derecho de retención mientras no se satisfaga aquella conferidos al edificante de buena fe con materiales propios por el artículo 361 del Código civil. En contra, la SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2013 (JUR2013/40469), que resuelve un supuesto en el que por el propietario del suelo se había ejercitado acción de desahucio por precario, contra la que los ocupantes-edificantes opusieron la inadecuación del procedimiento al tratarse de una cuestión compleja pues se habían realizado edificación sobre la finca, entendiéndose además la infracción de los artículos 358, 359 y ss. del C.c. Tras definir el precario como: «la STS. de 31 de Enero de 1995 (RJ 1995, 413), señala que el precario no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor». Y respecto a la edificación se limita la Audiencia a reconocer al propietario del suelo su dominio “*superficies solo cedit*”.

de carácter extrajurídico⁵⁴¹ por el entramado sociológico en el que se desarrollan y por la falta de producción de auténticos efectos jurídicos, a los que se priva de eficacia posesoria y, en definitiva, también, del derecho de retención.

En el lado contrario⁵⁴², encontramos a autores como SCAEVOLA⁵⁴³ para el que, si bien es cierto que, el artículo 453 C.c. comprende sólo al poseedor, el precepto que regula el supuesto de hecho analizado, esto es, el artículo 361 C.c., cita aquel artículo *sin reservas, ni salvedad de ningún género*; comprende de igual modo, al que es poseedor y al que no lo es del terreno en el que se verifica la construcción, y ha de deducirse lógicamente que el artículo 453 C.c. debe subordinarse y amoldarse por entero a lo que en sentido general preceptúa el artículo 361 C.c.

En esta línea de pensamiento abunda CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁵⁴⁴, que considera equívoca la postura adoptada respecto al derecho de retención en los casos de obra levantada por quien no es estricto poseedor del suelo ajeno en el que edifica (precarista o supuestos de vínculos *iure familiaritatis*), a los que, recuérdese el Tribunal Supremo les aplica el artículo 361 C.c., no directamente sino por compensación y remisión del artículo 364 C.c.⁵⁴⁵, ya que el edificante conoce la ajenidad del *solum* (no concurre la nota de ajenidad presupuesto de la accesión), y queda tal extremo compensado con la tolerancia y falta de oposición del *dominus soli* al ser ejecutada la obra a su vista, ciencia y paciencia. Se estima así necesaria, la concesión del derecho de retención porque *aunque aquél constructor siga sin ser poseedor de la obra por él realizada, tanto jurídica como materialmente, tanto en el corpus, como en el animus, será estricto poseedor de la obra que él ha hecho*. Se añade que si no fuere convincente tal explicación por la diversa tenencia del suelo en precario, y la obra en posesión, innegablemente tendrá el derecho de retención cuando el *dominus soli* reclame la entrega de la obra y entonces el constructor reclame el pago, porque “mientras no haya pago ni, por tanto, entrega de la obra y del suelo ocupado, su tenencia en manos del edificante ya en absoluto será a título de precario por la *interversio possessionis* operada”.

Esta hipótesis también ha estado presente en la jurisprudencia del Tribunal Supre-

⁵⁴¹MORALES MORENO, A.M., “Posesión y usucapión”, *Portal Jurídico de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1972, págs. 186 y ss. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6276/6749> (11-11-2016).

⁵⁴²MONTEL, op. cit., pág. 135.

⁵⁴³SCAEVOLA, op. cit., pág. 311.

⁵⁴⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 175 y ss., y 211 y ss.

⁵⁴⁵En la práctica vemos como el régimen de accesión será régimen común frente aquellos otros que cuentan con regulación específica legal o pactada. Es más, a la pregunta ¿qué régimen será de aplicación cuando no lo haya especial, ni legal, ni pactado? habrá de responderse que: para cuando persona distinta al *dominus soli* (que no sea arrendataria, superficiaria, usufructuaria... sometida a régimen especial o consensual) construya en el suelo de aquél; sea o no estricto poseedor del mismo y siéndolo, ostente o no título para ello; ya tenga o no conocimiento de tal construcción el *dominus soli*, y teniéndolo lo sea con independencia de que previamente haya o no mantenido una relación contractual con el edificante, y en caso de relación, que la posibilidad de edificación no haya estado prevista en el contrato, o estándolo no se haya acordado compensación tras la restitución del suelo con lo incorporado al mismo una vez concluido el contrato... el régimen supletorio de aplicación, será el régimen de la accesión.

mo y de las Audiencias⁵⁴⁶. Sin embargo, frente a su postura general de negar el derecho de retención, estimando el desahucio del precarista o persona vinculada al propietario por vínculos *iure familiaritatis*, cuando se trata de una obra nueva realizada por tales sujetos en finca que les es ajena y no existe *inter partes* el mero vínculo de la situación de hecho, que es la esencia del precario, se desvía de tal línea argumentativa, desestima las pretensiones del propietario del suelo y sostiene la necesidad de acudir al juicio declarativo correspondiente para dilucidar la procedencia del desalojo instado y los derechos que edificante y propietario ostentan sobre la finca, sobre la base del artículo 361 del Código civil, precepto al que queda subordinada la tutela posesoria.

Así, en la STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/547), la demandante (madre del edificante), para tratar de justificar el desahucio de su hijo y que no tenía derecho de retención esgrimía en su defensa sentencias anteriores que estimaban su pretensión, concretamente la STS de 9 de julio de 1984 (RJ 1984/3804)⁵⁴⁷, y la de 22 de marzo de 1978, que proclamaban que “el derecho de retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título para ello y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta por los gastos que en la misma hubiera realizado, ni impedir el desahucio. . .”. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la demandante permitió que su hijo realizara una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre “lo que desnaturaliza la alegación del motivo concerniente a que carecía de título, puesto que éste se lo había concedido su propia madre. . .”. En sentido parecido, la SAP de Asturias de 16 de julio de 2007 (JUR 2007/341981), donde el actor, propietario del *solum*, pretendía el desahucio por precario de la esposa del hijo (separada de hecho), que ocupaba una vivienda nueva construida en su terreno, que no era la originaria en la que el actor tenía su domicilio sino otra nueva, aunque comunicada con esta e independiente de la misma. La Audiencia desestima el recurso de apelación, al considerar acreditado que la misma había sido construida a expensas de la demandada y del hijo del actor y porque en tales circunstancias no es el desahucio “el procedimiento adecuado para delimitar los derechos que para ambas partes se derivan de esa situación de construcción de buena fe”, “ha de te-

⁵⁴⁶Vid. la SSTS de 18 de marzo de 1948 (RJ 1948/467), la SSAP de Jaén de 3 de noviembre de 2000 (VLEX-57923509), de Sevilla de 7 de noviembre de 2003, de Córdoba de 2 de marzo de 2006 y la STSJ Cataluña de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003/6764), que aplicó el artículo 278 de la Compilación Catalana (correlativo al artículo 361 C.c.) a un supuesto en el que con consentimiento del padre, propietario del terreno, su hija tras casarse, construye una segunda planta sobre la casa de su padre, cuya propiedad éste reclama tras separarse de su esposa y madre de la constructora. También la STST Cataluña de 19 de febrero de 2004 (RJ 2004/1039) que se fundamenta en el artículo 542-10 del C.c.c. En contra la STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898), de 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858) y 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240). También citar la STAP de Barcelona de 4 de octubre de 1996, la STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993 donde un hijo constructor modifica el inmueble durante la convivencia con sus padres, autorizado ad hoc expresa o tácitamente, según las obras, por el padre y dueño de la finca. Estas últimas extraídas del estudio jurisprudencial de RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑO CASTRO, op. cit., pág. 3919

⁵⁴⁷En la STS de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3880), se les deniega a los precaristas el derecho de retención, porque no acreditan su autoría respecto a la edificación.

nerse en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 361 del Código civil, la accesión inmobiliaria en suelo ajeno de buena fe con materiales propios da opción al dueño del terreno, en este caso al actor, a hacer suya la edificación pagando una indemnización, o a obligar al que edificó a pagarle el terreno, siendo absolutamente consolidada la jurisprudencia del TS (por todas sentencia de 15 de febrero de 1999, con amplia cita de precedentes) con arreglo a la cual mientras no tenga efecto la indemnización no ostenta el dueño del terreno el dominio de lo edificado, y como quiera que el artículo 361 se remite a los artículos 453 y 454 del propio C.Civil, el que construyó de buena fe, hasta en tanto se haga efectiva esa opción tiene derecho de retención sobre lo edificado. Trunca así esta situación la simplicidad propia de la posesión precaria, haciendo inadecuado el cauce elegido por el actor para recuperar la posesión, al ser necesario previamente delimitar los concretos derechos que asisten a las partes sobre la vivienda litigiosa”. Consideran, igualmente, que la complejidad de la cuestión planteada, referida al supuesto de hecho regulado en el artículo 361 C.c., desborda el ámbito del juicio por desahucio, las SSAP de Murcia de 12 de julio de 2013 (JUR 2013/275472)⁵⁴⁸ y de Las Palmas de 25 de julio de 2011 (JUR 2011/8231)⁵⁴⁹.

4.2.4.4. Segunda elección. La imposición unilateral de compra al edificante

El artículo 361 C.c., en su segunda parte, fija una posible solución al conflicto de intereses creado y permite al *dominus soli* paralizar el automatismo de la accesión imponiendo al constructor la venta del suelo⁵⁵⁰. Posibilidad que supone una gran

⁵⁴⁸Resuelve idéntico supuesto de hecho al analizado anteriormente, en el que, el *dominus soli* ejercita la acción de desahucio por precario contra su antigua nuera, que constante matrimonio con el hijo del actor construyó vivienda en terreno cedido por aquel a título gratuito.

⁵⁴⁹La SAP de Las Palmas de 25 de julio de 2011 (JUR 2011/8231), resuelve un supuesto de hecho en el que por concesión graciosa del *dominus soli*, la demandada realizó obra nueva en la cuartería preexistente del actor y la utilizó como vivienda nueva por más de 60 años. El actor ejercita la acción de desahucio por precario y la demandada reconviene interesando la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, suplicando la elevación de escritura pública de compraventa del terreno. La Audiencia desestima la pretensión del autor así como la aplicación de la doctrina de la accesión invertida: “La cuestión planteada no se encuentra encuadrada, sin embargo, dentro de la institución de creación jurisprudencial de la accesión invertida, pero sí dentro de las previsiones del artículo 361 del Código civil, en cuanto a las consecuencias jurídicas para cuando se levanta de buena fe, (la cual de momento se presume al no contar con prueba que la desvirtúe) un edificio en suelo ajeno, y así se ha de partir de que tal precepto legal le otorga al dueño del terreno la facultad de optar por hacer suya la obra construida o por obligar al que la levantó a pagarle el precio del terreno, destacando que si opta por la primera, comoquiera que en esta materia se remite el legislador a los artículos 453 y 454 del Código civil y mientras el pago no se lleve a cabo, el que ha construido tiene un derecho de retención, que al menos en este pleito vale como título contradictorio al de la propiedad del actor y por tanto legítima a la ocupante de la vivienda por ahora a no ser desposeída, evitando así el desahucio pretendido, (en tal sentido se ha pronunciado también la Audiencia Provincial de Baleares, sección tercera, en su sentencia dictada el pasado 29 de marzo de 2006) de modo que resulta improcedente el ejercicio de la acción de desahucio entablada, debiendo en consecuencia desestimarse el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada. . .”

⁵⁵⁰BONET BONET, op. cit., pág. 116.

novedad⁵⁵¹, tanto en el marco comparado, como respecto a nuestro derecho⁵⁵², pues implica una fractura con nuestra tradición jurídica interna⁵⁵³.

Ni el Code, ni el Codice vigente, tampoco el anterior de 1865⁵⁵⁴, contemplan la opción de exigir la adquisición forzosa del terreno que, por el contrario, sí la hemos encontrado en Códigos sudamericanos como el de Uruguay⁵⁵⁵ o el de Venezuela⁵⁵⁶, este último, con idéntica formulación a la prevista en el artículo 542-7 C.c.c. para el caso de construcción en suelo ajeno de buena fe con valor superior del *solum*. También, en el BGB actual (tributario de los principios que regían en su derecho histórico) el § 915⁵⁵⁷ es idéntico en su formulación al segundo inciso del artículo 361 C.c., aunque dedicado a la disciplina de los casos de extralimitación⁵⁵⁸, y no al supuesto que ahora es objeto de análisis, para el cual, el § 912 BGB impone el deber del *dominus soli* de tolerar la construcción a cambio de una renta pecuniaria, siempre que el edificante haya obrado sin dolo, ni culpa y el propietario no se haya opuesto debidamente a la construcción.

Por el contrario, el Código civil siguiendo las pautas marcadas en el proceso codificador⁵⁵⁹, de un lado, no acepta la excepción del deber de indemnizar para el caso

⁵⁵¹FALCÓN, op. cit., pág. 144. Considera que la solución no es nueva, no estaba en las leyes antiguas y duda de su justicia. No entiende por qué se impone “esa especie de pena” al edificante que obró de buena fe, obligándole a quedarse con lo construido o sembrado y a que pague el valor de lo que ocupó.

⁵⁵²Opción prevista también por el legislador catalán para el supuesto de construcciones en suelo ajeno de buena fe con valor superior del suelo (artículo 542-7.b).

⁵⁵³MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 169.

⁵⁵⁴Vid. los artículos 555 del Code y 936 del Codice actual así como el artículo 450 del Código italiano de 1865.

⁵⁵⁵El artículo 726 del Código civil de Uruguay dispone: “El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho. . . de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró, a pagarle la renta y a indemnizarle los daños y perjuicios. . .”

⁵⁵⁶En el artículo 558 del Código civil de Venezuela, se contempla la posibilidad de que el constructor se convierta en el propietario del suelo pero tal posibilidad se condiciona a que la construcción tenga un valor superior al del suelo ocupado. Se invierte el principio *superficies solo cedit*, de modo análogo a lo previsto por el legislador catalán en su art. 542-9.

⁵⁵⁷El § 915 BGB dispone: “El titular de la renta puede exigir en todo momento que el obligado a la misma, a cambio de la transmisión de la propiedad de la parte invadida de la finca, le indemnice el valor que esta parte tenía al tiempo de la extralimitación. Si hace uso de esta facultad se determinan los derechos y obligaciones de ambas partes según las disposiciones de la compraventa”. ENNECERUS, op. cit., págs. 325 a 331.

⁵⁵⁸Esta identidad entre la segunda alternativa del artículo 361 C.c. y el contenido del precepto alemán (§ 915 BGB), ha sido interpretado por un importante sector doctrinal, como un argumento para afirmar que el artículo 361 C.c. está pensado para solventar el conflicto de intereses surgido tanto en las construcciones emplazadas totalmente en terreno ajeno como en los supuestos de extralimitación. Pudiendo afirmarse que la construcción extralimitada está disciplinada en el artículo 361 C.c. y no constituye una laguna legal. MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 171.

⁵⁵⁹Se refieren a la compraventa forzosa el artículo 364 del Proyecto de 1882, el artículo 404 del Proyecto de 1851, que disponía: “El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró solamente su renta” y el artículo 677 del Proyecto de 1836 que reza: “El propietario del

de que el dueño fuera pobre, y así choca abiertamente con la solución prevista en las Instituciones, Libro II, Título I, Párrafo 30⁵⁶⁰ y en La Partida Tercera, Ley 41⁵⁶¹ y 42. De otro, no olvida que el dueño del suelo puede no estar en condiciones de hacer el desembolso que exige la indemnización⁵⁶² o, como también se ha apuntado⁵⁶³, que la obra pueda resultar dañina o indeseable a quien no la hizo por su voluntad⁵⁶⁴, siendo, por tanto, posible que el propietario del suelo no la quiera⁵⁶⁵.

Para tales casos, atendiendo a la necesidad de mantener lo edificado, también a la

terreno en donde se hubiere edificado o plantado con buena fe, tendrá opción a reintegrar al plantador o constructor, en la forma expresada en el artículo anterior, o a exigir que le pague el valor del terreno a justa tasación de peritos”.

⁵⁶⁰Las Instituciones de Justiniano (II, 1, 30), para el supuesto de hecho que nos ocupa (artículo 361 del Código civil), dispone que el dueño de los materiales pierde la propiedad de estos “utique si non ignorabat se in alieno solo aedificare”, añadiendo que es posible su defensa frente al dueño del suelo “utique si bonae fidei possessor fuerit qui aedificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod aedificavit temeré in eo solo, queo intelligebat alienum esse”.

⁵⁶¹La Partida III, título XXVIII, Ley 41, dice: “Herredades agenas compran, o ganan los omes a buena fe, e después que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, assi como torre, o casa, u otro edificio. . . E vienen después desso los verdaderos señores e vécenlos en juyzio, de aquello que assi han ganado. E. . . dezimos, que ante que sea entregado de la casa, e de la heredad, el que la venciere assi como sobredicho es, que sea tenuto de tornar al otro, todas las despensas que oviere fecho de nuevo en ella; ca pues que ovo buena fe en ganar la cosa. . . derecho es que cobre aquello que y despendió en esta manera. . . Mas si por ventura el señor de la heredad, que la venciesse en juyzio fuesse tan pobre que non pudiese pagar al otro las despensas que y oviesse fecho. . . dezimos que estonce non seria tenuto de las pagar. Mas el otro que las avia de cobrar, puede sacar de la casa, o de la otra heredad, aquello que y metió, o labró, e llevarlo ende, e fazer dello su pro”. En la Ley 42 se niega el derecho de cobro de las expensas al que obra de mala fe.

⁵⁶²SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 147 nos explica que: “para que este derecho a la propiedad de lo incorporado, previa indemnización, no resulte una carga forzosa casi imposible de sobrellevar por el propietario de un terreno que se encuentra obligado a ella por la siembra, plantación o edificación que de buena fe hiciera un tercero, era natural que este aspecto estuviera referido a una esfera de voluntad y hasta cierta condición facultativa del dueño del terreno, que es todo lo que puede significar la redacción del artículo 361, en el pasaje tendrán derecho a hacer suya la obra.”. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 164.

⁵⁶³SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 149 a 153; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 164 y 147; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 377 y 378.

⁵⁶⁴Destaca NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., 120, que el propietario no adquiere imperativamente, por la fuerza, pues “el Derecho repugna que alguien pueda ser obligado a adquirir bienes, y salvaguarda la voluntariedad mediante las técnicas de la aceptación o repudiación”.

⁵⁶⁵GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 227 y 228. Para MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 171, se trata de una “fórmula original” del sistema español para la liquidación de la gestión posesoria que permite exonerar al propietario del terreno de la indemnización. En la misma línea CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 335 que entiende que el propietario del terreno está en condiciones, ante un constructor de buena fe de convertir la regla *superficies solo cedit*, en una técnica exclusivamente indemnizatoria, postergando a voluntad su significación primera adquisitiva. Añade, «puede hacer del principio de accesión una regla exclusivamente indemnizatoria cuando no puede o no quiere abonar los gastos al poseedor de buena fe; puede utilizar el principio de accesión como una poderosa ayuda para sacar al mercado terrenos que de otra manera tendrían difícil circulación; puede servirse de la regla “SSC” como un instrumento de reintegración de dudosas convenciones por las que se cede el terreno a un tercero (vid. S. 20-III-1964), o como medio de evitar la iniciación de un complejo expediente expropiatorio (S. 20-V-1977)».

imposibilidad para nuestros legisladores de que suelo y edificio pertenezca a diferentes personas (salvo que por convenio especial así lo acuerden)⁵⁶⁶, y con una finalidad de tutela económica del *dominus soli*, se concede a éste la posibilidad de imponer al edificante la obligación de adquirir el suelo⁵⁶⁷.

Norma que adquiere un especial significado jurídico desde la teoría minoritaria de la accesión automática, pues permite al *dominus soli* paralizar el automatismo de la accesión⁵⁶⁸ y salvaguardar la voluntad del *dominus soli* en materia de adquisición de bienes. Aunque, en tal hipótesis, no han faltado autores⁵⁶⁹, críticos con el principio *superficies solo cedit*⁵⁷⁰, que han visto un supuesto de accesión invertida. El propietario —dicen— puede si así lo desea, invertir los términos de la accesión y convertirse de indemnizante en indemnizado y en lugar de adquirir lo accesorio indemnizando al que edificó, puede deshacerse de lo principal, el suelo, percibiendo su precio⁵⁷¹.

Opinión que no podemos aceptar, porque si la accesión opera por el simple hecho de la incorporación irreversible de lo accesorio a lo principal, la accesión invertida reproduce idéntico procedimiento, aunque con *alteración simétrica de lo accesorio en principal y viceversa*. En realidad, el segundo inciso otorga en exclusiva⁵⁷² al *dominus soli*, que ve invadido su derecho de propiedad, la facultad de librarse de la accesión por un acto unilateral e imponer al constructor una venta forzosa⁵⁷³ (o arrendamiento en

⁵⁶⁶MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 193, nos dice, este autor, que el Código civil ha resuelto de la forma más justa y equitativa el conflicto de intereses planteado. Y como era preciso dar la elección a uno de los dos, se concede al dueño del terreno, en consideración a ser más antiguo su derecho y más preferente también por el principio de accesión.

⁵⁶⁷No han faltado voces críticas dentro de la doctrina española que tildan tal opción de injusta para el constructor porque si bien es verdad que cuando llevó a cabo la edificación demostró que la quería para sí, ya que lo hizo en la errónea inteligencia de creerse dueño del terreno o estar legitimado para ello. De modo que de saber lo contrario y que había de pagar, no se habría decidido a edificar, quedando forzada por la ley su voluntad, por un hecho inocente. FALCON, op. cit., pág. 144. También resulta crítico con tal opción LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 140, para el que el pago del terreno podría suponer para el constructor una sanción que superase ampliamente los límites del artículo 457 C.c. Críticas a las que se opone MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 193, cuando dice que en la segunda opción que ofrece el artículo 361 del Código civil “no hay nada que implique pena y si se forzara la voluntad del que edificó o plantó suya será la culpa, por ser la consecuencia de un hecho al que nadie le obligó. ¿Sería justo que se quedara con el terreno ajeno sin pagarlo?”.

⁵⁶⁸ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 382 y 383.

⁵⁶⁹GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 159. En contra DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 302 y 303.

⁵⁷⁰MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 172, rechaza que en esta segunda alternativa entre en juego la accesión, ni como modo de adquirir, ni como atributo o facultad del dominio. Esta posibilidad supone una derogación legal del principio rector de la accesión, del principio *superficies solo cedit*. Por este motivo estima que, puede afirmarse que el artículo 361 permite invertir la relación de accesoriedad y acoge la figura de la accesión invertida.

⁵⁷¹Palabras de SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 164.

⁵⁷²La iniciativa de esta opción es exclusiva del propietario del suelo, no la tiene el edificante. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. pág. 149.

⁵⁷³DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 304, para el que cuando el artículo 361 del Código civil dice que el dueño puede obligar al que fabricó a pagar el precio del terreno, lo que está diciendo es que puede imponerle una compraventa de dicho terreno que es unilateralmente forzosa, es decir, voluntaria para el vendedor y necesaria para el comprador.

caso de siembra). La expresión legal: “pagarle el precio del terreno”⁵⁷⁴ es clara e indicativa de que la transmisión se hace mediante el título (venta) y modo (tradición)⁵⁷⁵, y no por accesión invertida. Si bien es cierto que, de este modo, queda abonado el terreno para que el Tribunal Supremo pueda, en algún supuesto, romper la inflexibilidad de la accesión e inaplicar el principio *superficies solo cedit*. Así ocurrió, en la citada por todos STS de 9 de febrero de 1991 (RJ 1991/1160), que reconoció al edificante de buena fe —no en terreno parcial, sino totalmente ajeno—, además de los derechos que le reconoce el artículo 361 C.c., el derecho a exigir directamente al *dominus soli* la venta del terreno por un precio justo⁵⁷⁶.

En cuanto al objeto de la venta, la doctrina minoritaria, defensora de la teoría de la automaticidad, discurre por dos caminos, y lo ha entendido de manera diversa.

Así, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁵⁷⁷, defiende hasta sus últimas consecuencias la automaticidad de la accesión. El *dominus soli* lo vendería el todo, finca más edificio, si bien, sólo podría cobrar el valor del suelo porque considera que, respecto a la obligación de pago del valor de la edificación, se produciría una simple compensación, pues carecería de sentido y supondría un flagrante enriquecimiento injusto, cobrar una edificación que el propietario del suelo no costeó, a quien, por el contrario, la hizo y asumió su coste.

Sin embargo, NÚÑEZ BOLUDA⁵⁷⁸ y la gran mayoría de este sector doctrinal minoritario, entienden que, a diferencia de lo producido en los supuestos de accesión continua natural, como el aluvión, donde la adquisición de lo incorporado es automática y viene impuesta por ser obra de las fuerzas de la naturaleza, en la accesión inmobiliaria industrial, la edificación se debe a un hecho voluntario de otra persona, y siendo así, es justo y lógico que el adquirente pueda expresar su voluntad de aceptar o no la adquisición de lo construido⁵⁷⁹ optando por rechazar el incremento de su propiedad, por las razones antes expuestas, y quedar así liberado del pago de la indemnización. Finalmente concluye (con cita de STOLFI), que el *dominus soli* sólo vende al edificante el suelo, ya que sobre lo construido no llegó a aceptar la adquisición de la propiedad.

Postura muy próxima a la mantenida en la doctrina francesa por BRISSÉ SAINT MACARY⁵⁸⁰, que defiende la existencia de dos momentos en sede de accesión: en el

⁵⁷⁴Y “la renta correspondiente” para el supuesto de siembra.

⁵⁷⁵A la calificación de compraventa no se opone el que el comprador, el edificante, esté en posesión del todo, como en la mayoría de los casos ocurre. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 149. Continúa diciendo la autora que, “en el caso que estamos contemplando al producirse el título o contrato de compraventa, se considera efectuada la entrega o tradición por estar la cosa en posesión del adquirente. La posesión que tenía el edificante, de cosa ajena con buena fe, se transforma en posesión de propietario”.

⁵⁷⁶GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 199, entiende que esta sentencia se considere o no interpretación correctora de la norma, (integradora, a su juicio), implica solucionar el supuesto real aplicando la justicia del caso correcto al conflicto de intereses.

⁵⁷⁷CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 315, nota. 48.

⁵⁷⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 148.

⁵⁷⁹En palabras de BIONDI, B., *Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Bosch, Barcelona, 1961, pág. 137, “Es decisiva la voluntad particular, tanto en actuar la agregación, como en disciplinar la suerte jurídica del todo”.

⁵⁸⁰Advierte NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 66 y 68, notas 158 y 159, que el problema de la retro-

primero, la accesión existe en estado “virtuel” y en el segundo, denominado “realisation”, el *dominus soli* exterioriza su opción de venta forzosa del solar solucionando el conflicto de intereses creado con retroacción de efectos al momento de la unión⁵⁸¹.

En definitiva, el resultado final es que, por un cauce u otro, el edificante se convertirá en propietario del todo, edificio y suelo, y pagará sólo el valor de éste.

En cuanto al problema para determinar el importe del valor del *solum*, ofrece menos dificultad que el cálculo de la indemnización por la primera de las opciones del artículo 361 C.c. Entendemos que el propietario del suelo, lo ha seguido siendo hasta el momento en el que opta por la imposición de la venta al edificante, y, por lo tanto, a ese momento habría que atender para la concreción del valor. Es más, en ese momento es cuando se vende efectivamente el suelo y se paga como literalmente dice el artículo 361 C.c. su “precio”. Y ese precio será, el valor de venta que el terreno hubiera tenido en aquel momento de no haberse hecho la edificación⁵⁸².

El Tribunal Supremo mantiene de modo uniforme este criterio desde la STS de 28 de octubre de 1931 (RJ 1930-1931/2215), en la que declara que el valor del terreno es el que corresponde, según tasación pericial, al momento en que se formula la reclamación, porque es cuando recibe el edificante legalmente el terreno y el dueño de éste el precio, no pudiendo atenderse al valor que tuviese cuando se hizo la edificación. Siguen este criterio otras muchas sentencias posteriores, a destacar, la STS de 4 de marzo de 1999 (RJ 1999/1905) en la que se sostiene que «... es evidente que el juego del precio a que se contrae el artículo 361 C.c., ha de ser el determinado por una especie de deuda de valor, y en este caso, es correcta la valoración que se ha hecho constar por la Sala, en su Fundamento 3º, pues, cuando el citado precepto habla de “precio”, se refiere, sin duda al que tuviese el terreno cuando se torne operativa la elección del dueño, esto es, el real...». En idéntico sentido las SSTS de 16 de junio de 1998 (RJ1998/5056)⁵⁸³ y de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261), concretamente, esta última, condena a la sociedad constructora demandada “a que se abone al tan referido demandante en metálico el valor de las parcelas reivindicadas, y cuyo valor se determinará en fase de ejecución de sentencia, tomando para ello como base cuantitativa no el precio de dichas parcelas cuando se hizo la edificación en cuestión sobre ellas, sino el que pericialmente se le atribuya en el momento de la reclamación, según tiene declarado esta Sala en sentencia

acción o no de los efectos de la accesión al momento de la unión por parte de los defensores de la tesis de adquisición diferida apenas ha sido tratado por nuestra doctrina y cita dentro de la doctrina francesa a BRISSE SAINT MACARY, op. cit., págs. 52 y ss. También en WILLIAM, op. cit., pág. 108.

⁵⁸¹Recordar que las dos fases de la accesión, analizadas en la parte primera de este trabajo, esto es, la inmovilización por incorporación y el traslado dominical a favor del *dominus soli* se produce en un *instant de raison*, como diría POTHIER.

⁵⁸²SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 164.

⁵⁸³La STS de 16 de junio de 1998 (RJ1998/5056) considera que el precio del terreno «no es aquel que tuviera en 1969 (como dice la sentencia de instancia) sino que se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno; se debe pagar el valor, lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecuniaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor. Por tanto, en ejecución de sentencia, deberá la parte demandante optar por hacer suya la obra indemnizando a la constructora “Sancar”, o percibir en dinero el valor actual del terreno (subsuelo) en el que se construyó».

de 28-10-1931 pero actualizado, pues esa condena es consecuencia de lo normado en el artículo 361 del Código civil, al darse los presupuestos previos para su aplicación”.

Lo dicho hasta ahora, nos lleva a plantearnos una serie de cuestiones.

La primera, ante la alusión genérica al término “terreno” como elemento real de la compraventa, la doctrina⁵⁸⁴ se cuestiona si la segunda opción del artículo 361 C.c., es también aplicable a obras de ampliación, elevación, de reformas, o a las de carácter meramente conservativo, no siendo necesario que se trate de una edificación *ex novo* o de nueva planta. De modo que se reconozca la posibilidad de imponer la compraventa al que hubiere realizado tales obras en un edificio preexistente.

Opción que, desde la postura que mantenemos respecto al ámbito objetivo del artículo analizado, entendemos inadmisibles⁵⁸⁵. Las obras que tengan carácter necesario, o sean de ampliación o de elevación de una edificación existente, entrarán dentro del régimen de las expensas posesorias y habrán de regirse directamente por los artículos 453 y 454 C.c. pero no vía artículo 361 C.c. Carece de sentido, que el edificante que haya realizado obras de escasa relevancia o sobre un edificio preexistente, se vea constraído a la adquisición de éste. La literalidad del precepto abona la conclusión (por razones de justicia) de limitar la posibilidad de imponer la compraventa sobre terrenos sin edificar⁵⁸⁶, pudiéndose admitir, a lo sumo, en casos donde el terreno cuente con edificaciones de escaso o nulo valor.

El Tribunal Supremo parece tener claro, que en caso de incorporación de mejoras o reparaciones en inmuebles preexistentes, el *dominus soli* es dueño automático de la cosa mejorada sin que se admita un derecho correlativo de propiedad (temporal) del constructor, ni se le concede a éste la posibilidad de adquirir el terreno⁵⁸⁷. Lo vemos

⁵⁸⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 149.

⁵⁸⁵DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 303, es contrario a la opinión que defendemos cuando manifiesta: “Las reglas del artículo 361 y ss. C.c. se refieren de manera directa a la construcción emplazada sobre suelo ajeno. Debe entenderse que la misma solución es aplicable cuando la nueva construcción o edificación se emplace sobre una propiedad ajena, aun cuando no resulte directamente emplazada sobre el suelo. Así lo entendió la STS de 15 de octubre de 1972 en un supuesto en que el demandante, con autorización de los propietarios de unas casas, había construido una nueva planta sobre las referidas casas”.

⁵⁸⁶A la autora NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 150, le suscita serias dudas, el supuesto de elevación de una o más plantas sobre las ya existentes, por el elevado valor, tanto de lo construido, como del edificio preexistente. Y apunta como posible solución que el *dominus soli* exija la constitución de un régimen de propiedad horizontal con adjudicación de las plantas preexistentes, como elemento privativo, al propietario del suelo y las de nueva construcción, al edificante, y un porcentaje sobre los elementos comunes, entre ellos el suelo. Opción que entendemos que supondría una modalización convencional del principio *superficies solo cedit*, pero no encuadrable como un supuesto de accesión disciplinado por el artículo 361 C.c. En este sentido, la STAP de Toledo de 26 de julio de 2011 (AC 2011/2117), que obliga a indemnizar o a crear una situación de proindivisión con la venta forzosa del cincuenta por ciento del solar.

⁵⁸⁷El TS excluye de la consideración de “edificio”, la construcción consistente en un estanque (STS 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3842); la STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171) considera que un muro de hormigón «no puede calificarse como “edificio”, según la definición que del mismo da el Diccionario de la Real Academia (“obra o fábrica construida para habitación o usos análogos”), el hormigón construido para la separación de ambas fincas». También, la STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584) que considera que “no pueden calificarse de construcción la obras de adaptación (de

con claridad en la STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/9342), en la que de modo tajante dice “no significa *edificar* sino mejora o refacción... la colocación de nuevas puertas y ventanas, el cambio de solería o techumbre, el arreglo de corrales, o la apertura de un hueco de comunicación con otra finca colindante”. También, en la STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898)⁵⁸⁸, que referida a obras de reparación y mejoras de edificio preexistente consistentes en embaldosado de habitaciones, instalación de puertas, cocina, aseo, obras de empalme de alcantarillado y cerramiento de la fosa séptica y construcción de un aseo equipado completamente, excluye la aplicación de las normas de los artículos 360 a 365 C.c., rechaza la posibilidad de venta del terreno al constructor y recurre directamente a la doctrina del enriquecimiento injusto⁵⁸⁹.

Sin embargo, se muestra más oscilante y dubitativo cuando se trata de elevación de nuevas plantas. Así, la STS de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3880) considera mejora la construcción de nueva planta sobre un edificio ya existente, y no aplica la facultad de opción del artículo 361 C.c. Por el contrario, la STS de 17 de junio de 1999 (RJ 1999/4387)⁵⁹⁰, sí considera un supuesto de accesión inmobiliaria y concede la facultad de opción al *dominus soli*, en un supuesto de construcción de un piso en la segunda planta del inmueble propiedad de los padres de la esposa. Por último, dentro de la jurisprudencia menor, especialmente llamativa nos resulta la SAP de Toledo de 26 de julio de 2011 (AC 2011/2117), que desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del juez “a quo” que concedía al *dominus soli*, la facultad de optar, en el plazo de un mes, entre indemnizar a los edificantes o vender el cincuenta por ciento del solar en el que se levanta el edificio, forzando una situación de proindivisión. Se trata de un supuesto de construcción de una primera planta por el hermano del *dominus soli* demandante, que además, sin ser el titular registral de la finca, sorprendentemente, inscribe la obra nueva a su nombre y al de su esposa. Finalmente, añade la sentencia

un terreno) para dedicarlo a platanera; el cerramiento de la finca es una construcción accesoria por la finalidad de delimitación del predio”. Por último y en idéntico sentido, la STS de 31 de enero de 1996 (RJ 1996/545), para la que “la operación de simple asfaltado del indicado vial no puede reputarse como una obra en el sentido del artículo 361”. Se pronuncia en idénticos términos la STS de 5 de abril de 1994 (RJ 1994/ 2936).

⁵⁸⁸La STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898), resuelve un supuesto de hecho referido a la interposición de demanda de reclamación de cantidad por el hijo ocupante en vivienda propiedad de la madre, en la que había procedido a realizar reparaciones y mejoras sobre el referido inmueble. Lo particular del caso es que el actor no pone en duda, ni plantea cuestión relativa a la propiedad de los materiales y la Sentencia directamente excluye la aplicación de las normas de los artículos 360 y ss, e incluso las posesorias del artículo 453 C.c. y reconduce la cuestión a través de la doctrina general del enriquecimiento injusto de la propietaria de la vivienda reparada y mejorada.

⁵⁸⁹Se señala por RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3883, que es usual tanto en supuestos de mejoras como de obras nuevas que se ejercite con carácter subsidiario las reglas de la accesión o la acción de enriquecimiento injusto, por tener una base común, pues cuando se atribuye la propiedad de lo accesorio al *dominus soli*, se ordena el resarcimiento al tercero edificante por haberse producido un enriquecimiento injustificado.

⁵⁹⁰El supuesto de hecho de la STS de 17 de junio de 1999 (RJ 1999/4387) consiste en la construcción de segunda planta por la sociedad de gananciales formada por la hija de los propietarios y su marido. Dicha sentencia excluye la catalogación de mejoras alegada por los propietarios y estima que se trata de un supuesto de accesión al que le es aplicable el artículo 361 C.c., al existir buena fe de los edificantes y condena a los propietarios al abono del valor de los elementos constructivos incorporados.

que, si se optara por la venta forzosa de la mitad del terreno, el precio del cincuenta por ciento del solar se determinará en ejecución de sentencia.

Una segunda cuestión que nos planteamos, es la posibilidad de que el *dominus soli* pueda exigir al edificante la compra parcial del *solum*, esto es, la compra del terreno efectivamente ocupado por la construcción. Al respecto, encontramos en la doctrina defensores de las dos opciones antagonistas. De un lado NÚÑEZ BOLUDA, considera que el derecho del *dominus soli* se limita exclusivamente a la porción ocupada por lo construido, sin embargo, se impondrá la compra de toda la finca en los casos en los que lo no ocupado resultara inútil atendido el destino que tuviera la finca, o si el Planeamiento impidiera segregar la porción ocupada por la construcción. De otro, encontramos a RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO⁵⁹¹, para quienes interpretado literalmente el artículo 361 C.c., su tenor literal nos lleva a la conclusión de que lo adquirido por el edificante de buena fe, no es sólo el terreno concretamente ocupado por la edificación, sino siempre y en todo caso la finca en su totalidad, con independencia de que se hubiera edificado más o menos parte de la finca.

Una tercera y última cuestión es, si impuesta la compraventa por el *dominus soli*, se podría el edificante negar a otorgar escritura de compraventa y renunciar a sus derechos sobre lo construido. LACRUZ⁵⁹², CARRASCO⁵⁹³ y ALONSO PÉREZ⁵⁹⁴, consideran que aunque tal solución no está en la letra del artículo 361 C.c. sí lo está en su espíritu. De modo que, en lugar de hacer suya la obra mediando indemnización, ahora la hace propia sin ningún tipo de contraprestación. Posibilidad, que entienden, plenamente admitida en el artículo 6.2 C.c. siempre que con ello no se contraría *el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*.

En contra, podría sostenerse que, es un principio básico de nuestro ordenamiento que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1911 C.c.), por lo que estará obligado a pagar el precio de la compra, a menos que exista disposición legal que autorice tal liberación unilateral, mediante el abandono. No existiendo aquí, no cabría su exoneración⁵⁹⁵. GULLÓN BALLESTEROS añade, que al tratarse de una compra forzosa no sería precisa la voluntad del edificante-comprador para la perfección del contrato, quedando obligado desde el mismo momento en que el propietario del suelo opta por esa concreta opción que le brinda el artículo 361 C.c. En consecuencia, el otorgamiento de la escritura pública

⁵⁹¹ Para alcanzar tal conclusión, manifiestan en su estudio jurisprudencial que no han podido encontrar jurisprudencia en la que se plantee la posibilidad de obligar al edificante a adquirir sólo una porción de la finca ocupada, ni tampoco opiniones doctrinales claras en este punto. RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3910.

⁵⁹² LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 140, considera como solución equitativa, que podría razonarse a partir del artículo 362 y sobre todo del tratamiento que da el Código civil al poseedor de buena fe, la posibilidad de renuncia del edificante a sus derechos sobre la edificación.

⁵⁹³ CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 331.

⁵⁹⁴ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 384. destaca el gran beneficio que implica para el *dominus soli* esta posibilidad sobre todo para el caso de que posteriormente enajenara la finca con edificación.

⁵⁹⁵ GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 228 y 229.

podrá hacerlo en su nombre la autoridad judicial, y el precio se determinará por perito, bien de parte o insaculado, ante la falta de acuerdo por los interesados.

SÁNCHEZ ROMÁN⁵⁹⁶ va más allá de los términos legales expresos y se pregunta si, en caso de que el edificante no quisiera comprar, y tampoco, el *dominus soli* indemnizar, podría éste, además de las opciones que le confiere el artículo 361 C.c., exigir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su prístino estado, y si ello habrá de hacerse a costa del que edificó de buena fe o del mismo dueño del *solum*. En este contexto, frente a CARRASCO PERERA⁵⁹⁷ que profundiza en la posibilidad de la reintegración *in natura* a través de la acción negatoria como cauce de defensa dominical, defendemos que estamos ante una materia con un marcado carácter *reglamentario* y *casuístico*, que impide llevar soluciones, de más o menos analogía, de un caso a otro, y obliga a no sustituir el precepto legal por la arbitrariedad. Por más que podamos llegar a pensar que es justo considerar que el artículo 361 C.c. se pueda completar con las soluciones del artículo 364 C.c., la aplicación e interpretación correcta del Código nos lleva a la negación de tal posibilidad. Con ello se evita generalizaciones de doctrina de un supuesto a otro que modifican la expresa reglamentación, consecuencias y soluciones concretas que el Código atribuye a cada supuesto concreto⁵⁹⁸.

4.2.5. Aplicación del artículo 361 C.c. a supuestos especiales

4.2.5.1. La edificación en caso de condominio

Doctrina y jurisprudencia han dedicado un tratamiento singularizado a los supuestos en los que el suelo pertenece a varias personas, ya sea en una comunidad de bienes ordinaria, ya en una propiedad horizontal, o se trate de una comunidad hereditaria⁵⁹⁹ o formada por los cónyuges instituidos bajo el régimen de ganancialidad⁶⁰⁰. En este ámbito, debemos examinar por separado dos supuestos diversos: 1) el caso de que la edificación sea realizada por un extraño, y 2) el supuesto de edificación realizada por un condueño.

A. Edificación realizada por un tercero extraño a la comunidad

Cabe la posibilidad de que sobre un terreno propiedad de una pluralidad de sujetos se lleve a cabo una edificación por persona ajena a esa comunidad. El principal problema que se nos plantea es saber quién puede ejercitar los derechos que al *dominus soli* le confieren los artículos 361 y ss. C.c. Pero antes, debemos recordar que para la realización de actos que afectan a la cosa común se siguen en nuestro Derecho tres criterios

⁵⁹⁶SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 152 y 153.

⁵⁹⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 341 y ss.

⁵⁹⁸SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 153, y GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 228.

⁵⁹⁹PÉREZ PÉREZ, E., *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 186.

⁶⁰⁰PÉREZ PÉREZ, op. cit., pág. 185.

diferentes⁶⁰¹: 1.- el de la unanimidad o consentimiento unánime de todos los conductores, necesario para los actos de disposición; 2.- el de mayoría⁶⁰², necesario para actos de administración y mejor disfrute de la cosa; 3.- el de solidaridad, o actuación de uno sólo de los conductores que vincula a los demás. Siendo este último, el criterio admitido por la jurisprudencia cuando se ejercitan acciones en defensa⁶⁰³ de los intereses de la comunidad y en beneficio común⁶⁰⁴.

Así, el Tribunal Supremo parece situar en este tercer grupo el ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 361 C.c., y no en el marco del artículo 397 C.c. Lo recuerda en su sentencia de 9 de febrero de 1991 (RJ 1991/1160), relativa a un supuesto de accesión: “la doctrina de esta sala mantiene de siempre la correcta legitimación del copropietario para actuar en beneficio de los intereses de la comunidad, y dado que forzosamente el edificio está enclavado en un terreno que por definición (artículo 396-1º C.c.) constituye objeto o elemento común del que son partícipes los propietarios de cada uno de los pisos o locales de dicho edificio que figuran ya en el Registro de la Propiedad con la debida separación e independencia, es evidente que la existencia de una Comunidad al amparo de la ley de 21 de julio de 1960, no coarta, ni constriñe en modo alguno que cualquiera de ellos pueda, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle...”. En idéntico sentido, la sentencia, citada por todos, de 28 de abril de 1923⁶⁰⁵, que también condena, para lograr la reintegración de la cosa al edificante, al pago del precio por aplicación de la segunda de las opciones ofrecida por el artículo 361 C.c.

No obstante lo anterior, entiendo que la cuestión es más compleja y debería distinguirse, como punto de partida, si el edificante actúa de buena o de mala fe⁶⁰⁶.

⁶⁰¹PÉREZ CONESA, C., “Comentario al artículo 392 y ss. C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 3275 y 3276. Vid. también HERRERA DE LAS HERAS, R., “La administración y uso en la comunidad de bienes constituida al 50 % por dos copropietarios”, en *Diario La Ley*, Nº 8476, 2015, pág. 2.

⁶⁰²El acuerdo mayoritario tiene eficacia vinculante y obliga a todos, incluidos los que hubieren votado en contra del mismo, a colaborar en su ejecución o a tolerar a que se ejecute por quien estuviera encargado de hacerlo. Ello sin perjuicio de que los comuneros contrarios al acuerdo mayoritario inste la intervención judicial, siempre y cuando el acuerdo resulte gravemente perjudicial a sus intereses. Perjuicio que debe ser grave, real y cierto, no meramente probable, siendo una cuestión de hecho a apreciar y valorar por el juez y cuya carga de la prueba recae sobre el que la alega. Vid STS de 30 de octubre de 2006 (RJ 2006/8903). Puntualiza BELTRÁN HEREDIA, J. (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Edersa, Madrid 1954, pág. 319), que también estarían legitimados activamente los que votaron a favor del acuerdo si después se dan cuenta de que lo acordado implicaría el perjuicio grave de que se trate.

⁶⁰³PÉREZ PÉREZ, op. cit., pág. 165 y ss.

⁶⁰⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 199.

⁶⁰⁵Tomada de SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 199. Analizada también por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 383.

⁶⁰⁶SALIS, L., *El condominio en los edificios*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 93, nota 3. En Italia cuando la construcción la realiza un tercero ajeno al condominio, las normas de la accesión deben coordinarse con las de la comunidad, a fin de establecer la modalidad de ejercicio que la ley concede al propietario del suelo, de elegir entre la retención y la demolición de la construcción. Ya que operando la accesión, la construcción viene a constituir una innovación sobre el inmueble común, cuando ésta no mejore la cosa común o acarree perjuicio al disfrute de alguno de los partícipes, su retención requiere el

Si actuara de buena fe, la opción puede concretarse, a) en aceptar la accesión de la edificación, indemnizando, o por el contrario, b) en rechazarla cobrando el precio de venta del terreno. Si se eligiera la primera variante, para un sector doctrinal⁶⁰⁷ se trataría de un acto de mera administración, dirigido al mejor disfrute de la cosa, de modo que podría llevarse a cabo por cualquiera de los condóminos con efecto solidario. Por el contrario, para LÓPEZ VILAS⁶⁰⁸, se estaría ante un acto de disposición que precisa el consuno de todos los condóminos y que resulta prohibido por el artículo 397 C.c., sobre todo, si se parte de la tesis del dominio dividido, donde la satisfacción de la indemnización es concebida como pago del valor del edificio, como causa de la entrega del bien⁶⁰⁹ y adquisición de lo edificado. NÚÑEZ BOLUDA⁶¹⁰, también, mantiene tal postura y considera que la aceptación de los efectos de la accesión y el pago de la indemnización, es algo más que un acto de administración ordinaria, se trata de una actividad de gestión, de explotación de los bienes o del patrimonio que tiene como fin la obtención del normal rendimiento del bien o del patrimonio de conformidad a su destino, conllevaría la modificación jurídica del fundo y haría a los condóminos propietarios de la edificación indisolublemente unida a su *solum*. Aunque, si bien es cierto, esta autora, puntualiza y califica de manera diferente según la entidad de la obra. Si es de escasa transcendencia (pequeña reparación o mejora de escasa entidad) considera su indemnización como acto de administración, pero si se trata de una edificación nueva o de gran relevancia que produzca una alteración del objeto, será un acto de disposición.

La segunda opción, la venta forzosa del terreno, no ofrece dudas y de modo unánime la doctrina entiende que se trata de un acto de disposición y debe mediar el consentimiento de todos los condueños⁶¹¹.

En cambio, si el edificante actuara de mala fe, los términos de la opción concedida al *dominus soli* van referidos, en todo caso, a la defensa y conservación de la cosa y aquí sí parece razonable la postura reiterada de la jurisprudencia⁶¹² de que puede

consentimiento de todos, y cualquier condómino perjudicado puede manifestar su voluntad contraria a la adquisición, reclamando vía judicial la demolición. Vid. Cass. De 8 de febrero de 1956.

⁶⁰⁷DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 302 y 303. También SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 199.

⁶⁰⁸LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1016.

⁶⁰⁹CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 224 y 225.

⁶¹⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 130.

⁶¹¹Podría ocurrir que la venta se acordara por un solo comunero, sin el consentimiento inicial del resto y sin tener su representación, y que con posterioridad sea ratificada o confirmada esa venta por los condóminos. Faltando tal ratificación la venta sería nula. Así, la STS de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5684) refiere que "... cuando se da la ratificación, se completa con el consentimiento aquel negocio jurídico que, de inexistente (o nulo) pasa a ser existente, válido y eficaz". También es válida la venta de un solo condómino en el caso de que se obligue en el contrato a adquirir las participaciones del resto de los comuneros antes del otorgamiento de la escritura pública de venta. Así lo resolvió la STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/266), entendiendo este supuesto como válido en nuestro ordenamiento, siempre que efectivamente se cumpla la condición estipulada de adquirir las demás participaciones.

⁶¹²Conforme a la STS de 13 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8237) es "doctrina reiterada de esta Sala, en interpretación del artículo 394 del Código civil, la de que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor...". Como advierte PÉREZ CONESA, op. cit., pág. 3252 no es necesario para ejer-

cualquiera de los condueños ejercitar la opción conferida por los artículos 362 y 363 C.c.

B. Edificación realizada por un condueño

Es posible que un condómino construya, a expensas suyas, sobre el suelo común sin el consentimiento necesario de los demás, dando así lugar, como caso paradigmático, al de las construcciones sobre zonas comunes, bien de una comunidad de bienes ordinaria, bien de un edificio o conjunto inmobiliario sometido al régimen de propiedad horizontal (por ejemplo, una sobre-elevación en la azotea o una sub-construcción)⁶¹³. La edificación en tales supuestos implicaría un acto de transformación o alteración de la cosa común. De ahí que se entienda que el régimen aplicable sea el del condominio que prevé las facultades que tiene cada condueño para proceder a la alteración de la cosa común⁶¹⁴.

Si realizamos un recorrido histórico, vemos como en Derecho romano, según observa BONFANTE, se distinguía (al delimitar las facultades de los condóminos respecto a la cosa común), entre *actos de disposición jurídica*, para los que se exigía el concierto de todos los condóminos, y *actos de disposición material*, dirigidos al uso y disfrute de la cosa que podían llevarse indistintamente por cualquiera de los condueños (*usum uniuscuiusque in solum est*). Ahora bien, esta facultad solidaria iba referida a un *usus* o *fructus* normal que no lesionara el derecho de los demás condueños y como supuesto típico de uso abusivo, lesivo o anormal, considerado en las fuentes como acto ilícito (*non iure facit, rem illicitam, no permissum facit*), aparecía el *opus*, la edificación hecha por un condueño sobre el fundo indiviso⁶¹⁵.

citar acciones en beneficio de la comunidad, una acción conjunta de todos los comuneros, por lo que no es requisito procesal el litisconsorcio activo necesario. Una actuación judicial individual, tanto vía de acción como de excepción, en defensa de la comunidad no perjudica a los demás comuneros porque si es favorable la sentencia produce efectos respecto a ellos beneficiándoles (Vid. STS de 18 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9309), Tampoco les perjudica, a pesar de resultar la resolución judicial desfavorable, pues no tienen efectos frente a los comuneros que no fueron parte en el procedimiento salvo que hubieren estado representados por el comunero litigante. Al no afectarles la sentencia desfavorable no podrá alegarse la excepción de cosa juzgada respecto de los comuneros que no participaron en el pleito anterior.

⁶¹³MATAMOROS MARTÍNEZ, R., "Alteraciones en el edificio", *Estudios sobre la Propiedad Horizontal*, Coord. S. San Cristóbal Reales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 324 y ss., recuerda que el artículo 7.1 LPH prohíbe a los propietarios cualquier alteración en las partes del inmueble que se encuentren fuera de las unidades privativas. Sólo la comunidad de propietarios podrá acordar la realización de obras en los elementos comunes, debiendo respetarse el consuno unánime de todos los copropietarios cuando de edificación *ex novo* se trate, ya que supone una alteración objetiva y afecta, por tanto, al título constitutivo. Unanimidad necesaria a la que también hace referencia en la misma obra BERROCAL LANZAROT, A.I., "Los acuerdos de las juntas de propietarios y las actas", Coord. por S. San Cristóbal Reales, *Estudios sobre la propiedad horizontal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 601 y ss.

⁶¹⁴Planteamiento de la cuestión realizada por SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 201. Dentro de los autores que mantienen la aplicación indudable del artículo 397 del Código civil: CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 285 a 290, para el que "por principio, un comunero no puede ser constructor de buena fe, con base a lo dispuesto en el citado artículo 397 del Código civil".

⁶¹⁵En el Derecho clásico parece, según opinión de BONFANTE, que estos actos de disposición material

En el Derecho justiniano se tiende a sustituir el sistema de la *prohibitio* por el del consentimiento, y según un texto de PAPIANO⁶¹⁶, referido a SABINO, las consecuencias de la edificación por un condueño son distintas en función de que se dé alguno de los tres supuestos siguientes:

1. Si mediara consentimiento del resto de condueños no pueden éstos pedir resarcimiento alguno.
2. Si no media el consentimiento de los demás condueños o alguno de ellos se hubiere opuesto a la modificación o edificación y hubiere ejercitado el *ius prohibendi*, puede interesar la demolición de lo edificado. Tal solución también se da cuando los condóminos no se han opuesto por no haber tenido conocimiento de la edificación o hallarse ausentes.
3. Si no existía prohibición, y los demás condóminos tenían conocimiento de la edificación, no podían pedir la demolición, pero sí el resarcimiento.

Siendo el medio empleado para obtener la demolición o el resarcimiento, el ejercicio de la *actio communi dividundo*. Acción que si bien en Derecho clásico se preveía únicamente para exigir la división de la cosa común, en el Derecho justiniano aparece como acción mixta que puede ejercitarse, también, para exigir reparaciones por los daños irrogados a la cosa común u otras indemnizaciones derivadas de la misma, llegando, incluso, a ser aplicable exclusivamente con este fin sin dirigirse a la división.

Las Partidas⁶¹⁷ también se ocupan de este supuesto en la Ley 26, título XXXII, Partida 3^a, que distingue según el condómino haya recabado o no el consentimiento del resto de los propietarios. Para este último caso, que se concibe como actuación de mala fe, se establece que el condómino-constructor pierda todo aquello que hizo de nuevo, que pasará al resto de comuneros.

Por lo que respecta al Código civil, el artículo 397 C.c., disciplina las alteraciones en cosa común, y entre los actos que conllevan tal alteración está, sin duda, la edificación. Luego, en consecuencia, el régimen legal aplicable será la siguiente: ningún

quedaban sometido en todo caso al régimen de solidaridad, con la aplicación del *ius prohibendi*, que funcionaba en el Derecho privado de forma análoga a la de la *intercessio* en el Derecho público. Extracto histórico tomado de SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 201 a 203.

⁶¹⁶*Sabinus in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posee. Unde manifestum est, prohibendi ius esse.*

⁶¹⁷Ley 26, título XXXII, Partida 3^a dispone “Torre o casa u otro edificio qualquier, auiendo muchos aparceros de so uno si estuuiere mal parada de guisa que se quisiera caer, e alguno de los aparceros la manda labrar e reparar de lo suyo en nome del e de sus compañeros, faciendogelo saber primeramente tenutos son todos los otros cada uno por su parte de tornarle las misiones que despendió a pro de aquel lugar. . . E si assi non lo fiziessen, pierden las partes que avían en aquellas cosas do fizieron la labor, e fincan libres, e quitas aqeu que las reparó de lo suyo. Pero si este que faze la labor lo ouiesse fecho a mala fe, nin lo faziendo saber a sus compañeros; mas reparando o labrando el logar que auía con los otros, o faziendo y alguna cosa de nuevo en su nome assi como si toda fuesse suya, debe perder entonce las misiones que fizo en labor, e lo que es y labrado de nuevo debe fincar comunalmente a todos los compañeros”.

propietario puede, sin consentimiento del resto de condóminos edificar sobre el suelo común, aun cuando de ello pudieren resultar ventajas para todos⁶¹⁸. Importa poco que ese consentimiento sea expreso o tácito, pero sea cual fuere su forma, ha de existir. Sin embargo, el Código civil, tras imponer tal requisito, guarda absoluto silencio respecto a cuales sean las consecuencias jurídicas de la edificación, tanto de la consentida por los condueños, como de la prohibida, e incluso de la realizada con total desconocimiento del resto de condóminos.

La primera cuestión que se nos plantea es saber, precisamente, cuándo no hay consentimiento o acuerdo comunitario. Para ello hay que distinguir tres supuestos⁶¹⁹: a) si se trata de una obra nueva⁶²⁰, u obra que de cualquier modo altere la esencia y estructura del suelo o de la obra común, se requerirá la unanimidad *ex* artículo 397 C.c.; b) si se trata de una obra de modificación o adecuación, que implique la mejora de una obra común ya construida, será necesario el consuno de la mayoría, según exige el artículo 398 C.c.; y por último, c) no será necesario acuerdo para aquellas obras de reparación o mantenimiento que se reputen como necesarias para la conservación de la cosa. Así pues, salvo en lo relativo a las últimas obras necesarias, respecto a las demás, podría plantearse el conflicto de que la edificación se haya realizado por un copropietario sin el consentimiento legalmente exigido. En tales supuestos cabe preguntarse, ¿cómo determinar las consecuencias jurídicas de tal actuación?, también, si entrará en juego el principio *superficies solo cedit*, y resultará, por tanto aplicable, para dar solución del conflicto de intereses creado, el régimen de la accesión o la aplicación de la doctrina de la accesión invertida⁶²¹.

⁶¹⁸SALIS, *op. cit.*, págs. 91 a 93, nota 3. El artículo 677 del Código italiano de 1865 disponía: “Ninguno de los partícipes puede hacer innovaciones en la cosa común, aunque sea en beneficio de todos, si éstos no la consienten”. Se consideraban prohibidos particularmente los actos que no fueran de puro y simple disfrute de la cosa común, también las agregaciones de nuevas obras, o modificaciones. Innovación era sinónimo de acto prohibido. Sin embargo, la ley de 1934 (artículos 8 y 9), cambió el significado del término innovación que de modo análogo hoy se recoge en los artículos 1120 y 1121 del Código vigente. Pierden toda la importancia, bajo el imperio del Código actual toda distinción y discusión sobre innovaciones lícitas e ilícitas. Hoy se distingue, tan sólo, entre actos innovativos que la mayoría tiene el poder de acordar, y actos innovativos prohibidos de modo absoluto, para cuya ejecución es necesario el consentimiento de todos los copartícipes. Según la jurisprudencia italiana, por innovación en sentido técnico, sujeta a las limitaciones de los artículos 1120 y 1121 del Código civil debe entenderse, no cualquier obra ejecutada por uno de los condóminos, sino una modificación material de la cosa que suponga alteraciones en la entidad sustancial o cambio de destino de la propia cosa. Vid, Cass 25 de julio de 1953, 23 de octubre de 1954, 9 de febrero de 1956, 18 de febrero de 1956. Por último destacar que el artículo 1350 del Código civil exige forma escrita en los acuerdos en los que se requiere el consentimiento unánime de todos los condóminos.

⁶¹⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *op. cit.*, pág. 270.

⁶²⁰Aunque para llevar a cabo una obra nueva se precisa el consuno de la unanimidad de los condóminos para el otorgamiento de la escritura de obra nueva, entienden CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª edición, Dilex, Madrid, 2000, pág. 85, que es suficiente con la declaración de la obra por un solo comunero.

⁶²¹Estamos ante el supuesto opuesto al que antes era disciplinado por el artículo 1404. II, hoy derogado y suplido por el actual artículo 1389 del Código civil, que trataba de edificación hecha en suelo privativo de un cónyuge, imponiendo tal norma como excepción e inversión del principio “*superficies solo cedit*”, el carácter ganancial de la construcción; aunque para ello, doctrina y jurisprudencia coincidían

La común opinión, patria⁶²² y extranjera⁶²³, niega que en tal supuesto de hecho sea aplicable la doctrina de la accesión invertida, rechazando, incluso, la aplicación directa del artículo 361 C.c. (ni su correlativo foráneo), y se propone como solución por la mayoría, la demolición. Otros autores, los menos, propugnan la conversión en cosa común⁶²⁴, con posibilidad de someter la construcción al régimen de propiedad horizontal (artículo 401. 2º C.c.) si fuere un edificio, o dividirse económicamente (*ex* artículo 404 del Código civil), si no lo fuere⁶²⁵.

Entre los motivos que justifican la no aplicación de la doctrina de la accesión, se alega:

- (a) En primer lugar, que el concepto de condueño no encaja en el de constructor en suelo ajeno. Así, la doctrina francesa⁶²⁶ niega tal posibilidad basándose, más que en principios jurídicos, en la interpretación literal del artículo 555, que únicamente va referido a la edificación realizada por tercero “*tiers évincé*” vencido en reivindicatoria, y es indudable que el condómino no reúne tal carácter⁶²⁷. Para los autores italianos⁶²⁸, el condueño que construye en terreno común tampoco puede beneficiarse de los principios que rigen la accesión, pues está, respecto al resto, en una relación tal que excluye el carácter de tercer constructor por cuenta propia que no tiene ninguna relación con los titulares del suelo mejorado. Se trata, en definitiva, de una alteración en la cosa común realizada sin el consentimiento del resto de comuneros. Entre nuestra doctrina más antigua se ha mantenido (con relativa unanimidad), que el condueño no es constructor de buena fe del artículo 361 C.c., ni tampoco de mala fe del artículo 362 C.c. Así, para MANRESA⁶²⁹ es de buen senti-

en exigir la realización de la edificación con consentimiento dual y con dinero ganancial. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *op. cit.*, pág. 270, nota 265. También HERNÁNDEZ CRESPO, C., “La accesión invertida”, en *RCDI*, nº 491, 1972, pág. 753 a 760.

⁶²²MANRESA, *op. cit.*, pág. 195; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 152; CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pág. 105, CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi*... *op. cit.*, pág. 285 y ss.

⁶²³PARADISO, *op. cit.*, pág. 161; DE MARTINO, *op. cit.*, págs. 502 y 503.

⁶²⁴PARADISO, *op. cit.*, pág. 161, defiende que si la obra realizada ha sido realizada por un condómino, estando prohibida tal actuación por alterar el destino económico de la cosa, pero no satisface exclusivamente el interés del agente sino el de toda la comunidad, no procederá la demolición sino la adquisición en copropiedad por la entrada en juego del artículo 934 del Código.

⁶²⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *op. cit.*, págs. 271 y 272.

⁶²⁶COLIN, A y CAPITANT, *op. cit.*, págs. 870 y 871, donde se plantea la cuestión ¿a qué poseedores se aplica el artículo 555? También, LEVIE, citado continuamente por DROSS, *op. cit.*, págs. 20, 21, 28, 31. También, DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 616 y 617, LAURENT, BAUDRY-LACANTIERIE, PLANIOL, CARBONNIER, MAZEAUD, entre otros, citados estos últimos por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *op. cit.*, pág. 271, nota 266.

⁶²⁷De modo contundente lo afirma LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, T.VI, Paris, Bruxelles, 1871, pág. 356 y 357.

⁶²⁸BASILE, M.: «Osservazioni in tema di rapporti tra accessione e comunione», *Riv. Trim. Dir. e Proc.*, 1968, págs 1297 y ss. PARADISO, *op. cit.*, pág. 161. DE MARTINO, *op. cit.*, pág. 502.

⁶²⁹SÁNZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 205, afirma que MANRESA sólo se plantea la opción del artículo 361, y entiende no ser aplicable porque no tiene buena fe, pues admite que pueda tener aplicación en el rarísimo supuesto de buena fe. MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, pág. 195.

do resolver la cuestión por la doctrina de la comunidad de bienes. SCAEVOLA⁶³⁰ mantiene que el condueño que edifica, incurre en la nota de mala fe y quebranta el mandato legal que le viene impuesto por el artículo 397 C.c.

- (b) Como segunda razón se esgrime que es prácticamente imposible que el comunero que construye en suelo común, sin el consentimiento necesario de los demás, actúe de buena fe. En tal sentido, la sentencia de la AP de Granada de 12 de enero de 2007 (JUR 2007/178577), rechaza la buena fe del comunero-heredero que edifica en terreno respecto al cual su padre tenía atribuido el usufructo vitalicio, pues “mal podrá sostenerse la actuación de buena fe del titular de la mitad indivisa de la nuda propiedad, que, aun para el caso de que hubiere sufragado la edificación, construye durante el disfrute de su derecho por parte del usufructuario de la finca. Sobre todo, cuando, . . . el propio demandado reconoce que se dirigió a su hermano planteándole la necesidad de contribuir a la construcción de la nueva vivienda. . . Y cuando, en todo caso, existía constancia para el demandado de la cotitularidad, junto con su hermano, de la nuda propiedad, por su participación en la escritura de adjudicación de herencia de su madre”.
- (c) En tercer lugar se aduce que en el caso que se nos plantea no hay verdadera invasión del terreno ajeno como se exige en la accesión en general, ni extralimitación como precisa la accesión invertida, estamos ante cuotas ideales, pues hasta la división de la cosa común no puede decirse que existan porciones determinadas que correspondan privativamente a los condueños.

No obstante lo anterior, la doctrina más moderna⁶³¹, ante el vacío normativo, ha variado su opinión y propone soluciones distintas a las apuntadas por la mayoría: demolición de la obra, conversión en cosa común (si es un edificio puede someterse al régimen de propiedad horizontal), o realización económica. Soluciones que aun fundadas, más o menos directamente en la ley, arrojan resultados injustos que implican destrucción de la riqueza creada, así como desprecio y no valoración del trabajo y del esfuerzo, para el caso de que se pretenda la demolición de la obra, o, bien, desembocan en la copropiedad (*mater discordiarum*) siempre antieconómica, cuando con el recurso a las soluciones que nos brinda la accesión, tales consecuencias indeseables, podrían ser salvadas.

⁶³⁰SCAEVOLA, op. cit., pág. 319.

⁶³¹Entre los autores más contemporáneos el único que de forma drástica y contundente niega la posibilidad de aplicar las soluciones de la entrada en juego del *superficies solo cedit* y de las normas de la accesión para disciplinar la laguna legal existente en torno a las consecuencias jurídicas derivadas de la construcción por un condómino encontramos a CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 287 y 289, en cuya monografía esgrime tres razones para que el condueño no reciba el trato favorable de las normas de la accesión sino que por aplicación directa del 397 sea demolido y a su costa: 1.- Si la alteración de la cosa común es un acto dispositivo, la consecuencia será la ineficacia del mismo. Si se trata de un hecho material, como es la construcción, la consecuencia deberá ser, en todo caso la supresión de lo realizado contra ley.

En este sentido GARRIDO DE PALMA⁶³², propone que el condómino que ha construido adquiera una mayor cuota de vuelo, de tal modo, que si bien los condueños del suelo se hacen condueños del edificio, sus cuotas no serán mayores de aquellas que les corresponden sobre el suelo, mientras que al edificante le corresponderá el valor económico del suelo, más el valor económico de la construcción. Solución no muy convincente y excesivamente complicada⁶³³, considerada “de compromiso” por el propio autor, razón por la que deja a salvo la posibilidad de que por pacto, *otra cosa convinieran los interesados*.

Otros autores abogan por la entrada en juego de las reglas de la accesión⁶³⁴, para así evitar los inconvenientes antes apuntados. Esta es la postura asumida por SERRANO ALONSO⁶³⁵ y ALONSO PÉREZ⁶³⁶, para ellos sería mejor dejar operar al principio *superficies solo cedit*, en proporción de las cuotas sobre el suelo, pero hacer al constructor-condueño poseedor exclusivo de la edificación para aprovecharse del uso y goce él solo, o, si se prefiere, y así lo consideran conveniente los condóminos, otorgar a éstos el disfrute participado mediante el abono de una renta o la adquisición por compra mediante pago del justo precio al constructor. SERRANO ALONSO⁶³⁷ también se plantea la posibilidad de recurrir a la segunda opción del artículo 361 C.c., esto es, a la venta forzosa del terreno, con el fin de hacer al constructor propietario único del suelo para el caso de que el valor de lo construido sea superior al valor del *solum*.

Especialmente sopesada y digna de análisis⁶³⁸ nos resulta la posición de SÁNZ

⁶³²GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 156. El citado autor expone para dar cuerpo a su tesis el siguiente supuesto práctico en la nota 28: “si el valor del terreno es de 100 y el de la edificación 900, y aquél pertenece a A, B, C, y D, por iguales partes, o sea, un 25%, al edificar solamente D, por ejemplo, aplicando la solución expuesta, resulta que A, B, y C, seguirán teniendo un 25% cada uno en el total orgánico de suelo y vuelo, y D, el edificante, la cuota resultante, con un valor económico de 925 sobre 1000, valor total resultante de sumar al suelo el del vuelo. Con esta solución se cumple la Ley: suelo y vuelo son inseparables, pero se evita la injusticia que su rígida aplicación entrañaría si se dan los requisitos que se apuntan ut supra. Que ello implica el dar participación a los no edificantes en el vuelo es claro, pero económicamente no se merma la cuota del edificante, ni aquellos se enriquecen injustamente”. Es lo importante, continúa GARRIDO DE PALMA, partiendo de la necesidad de aplicar el *superficies solo cedit*, a no ser que otra cosa convinieran los interesados.

⁶³³ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 333.

⁶³⁴En Italia encontramos autores como BASILE que defienden la aplicación de la norma general de construcción en suelo ajeno, u opta por la aplicación analógica del artículo 938 del Código civil italiano relativo a las construcciones extralimitadas, con la finalidad de atribuir la totalidad del suelo al condueño que edifica. PARADISO, también defiende la entrada en juego el principio *superficies solo cedit* y la construcción caerá bajo el régimen de copropiedad según las cuotas ex artículo 934 del Codice. PARADISO, op. cit., pág. 161.

⁶³⁵SERRANO ALONSO, op. cit., págs. 678 y ss., reconoce la existencia de una laguna legal y considera que de una parte se debe poner fin a la situación de condominio, y de otra, atribuir al dueño de la construcción, que es también dueño de parte del suelo, el derecho que, para el caso de un solo dueño, concede el artículo 361.

⁶³⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 333.

⁶³⁷SERRANO ALONSO, op. cit., pág. 678.

⁶³⁸Igualmente lo es la teoría de la “accesión horizontal” para el caso de construcción de condómino realizada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 269 a 285, que hace un análisis muy crítico de la doctrina de la accesión invertida y la posibilidad de recurrir a su doctrina de la “accesión

FERNÁNDEZ⁶³⁹, a su juicio, no hay en nuestro Derecho ningún fundamento⁶⁴⁰ para excluir las normas de la accesión. Realmente se está ante una situación distinta de la que sirve de base a la regulación legal, y que a la par, cuenta con una normativa especial con la que ha de concurrir y sufrir en algunos puntos desviaciones. Para analizar tales especialidades hay que recorrer idéntico camino al seguido en los supuestos ya analizados. Hay que distinguir entre edificación de buena y mala fe.

1. Edificación por condómino de buena fe. Se considera condómino-edificante de buena fe, al que ignora que el suelo en el que edifica no es de su propiedad exclusiva y que le pertenece en comunidad con otras personas⁶⁴¹. En este caso será indiscutible que la solución al conflicto vendría dada por el artículo 361 C.c., y en consecuencia, por la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*⁶⁴². Conforme al artículo 358 C.c., la propiedad de lo edificado pertenecerá a todos los condueños, en idéntica proporción a sus cuotas ideales sobre el suelo, es decir, sus cuotas seguirán siendo idénticas, pero circunscritas a la totalidad de la cosa (suelo más edificación). Tal situación se consolida si los condóminos optan por aceptar las consecuencias de la accesión e indemnizan la parte del edificio correspondiente en proporción a su cuota⁶⁴³. Podrían, también optar por deshacerse del edificio vendiendo forzosamente las cuotas que cada uno tenía sobre el suelo.
2. Edificación por condómino de mala fe. Será de mala fe el condómino que edifique con perfecto conocimiento de que la finca no le pertenece íntegramente y que en ella, tienen derecho en comunidad con él otras personas. Se trata del supuesto más común en la práctica, y del que surgirán sub-hipótesis para el caso de que el condómino actúe con conocimiento de la ajenidad pero con el consentimiento de los condóminos, o bien éstos, todos o algunos, le hayan prohibido expresamente construir, o por el contrario, se hayan abstenido de toda actuación, dejando al comunero edificar a su vista, ciencia y paciencia.

horizontal”.

⁶³⁹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 203 y ss.

⁶⁴⁰Este autor entiende que a diferencia de la norma francesa, el artículo 555 del Code referido al “tiers évincé” vencido en reivindicatoria, nuestro Código civil alude a la forma impersonal de “el que edifica” sin emplear la palabra tercero.

⁶⁴¹Reconoce el autor que el caso no será muy frecuente, al igual que tampoco lo es en los demás casos de construcción en suelo ajeno de buena fe. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 205. CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 289, pese a su oposición a la entrada en juego de las reglas de la accesión, reconoce que “existe un caso en que el condómino será de buena fe: cuando posee como propio siendo así que solo es copropietario. En este caso es de aplicación el artículo 361, pero no porque sea un condómino, sino porque sea un poseedor de buena fe”, pero comunero también, puntualiza CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 274, nota. 273.

⁶⁴²Vid. comentario a la STS de 9 de octubre de 1973 de GARCÍA GARCÍA, J. M., “Accesión”, en *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo, Derechos reales e hipotecario*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid, 1982, págs. 64 y ss.

⁶⁴³Indemnización que se determinará en la forma que fija el artículo 361 en relación con los artículos 453 y 454 C.c.

Si la edificación es consentida porque el condómino, en cumplimiento del deber que le viene impuesto por el artículo 397 C.c., pide consentimiento al resto y éstos se lo conceden, habrá que analizar el consentimiento efectivamente prestado. Así, si se ha especificado *inter partes* el destino posterior de la edificación, como por ejemplo, la concesión de un derecho de superficie a favor del condómino-edificante, al pacto habrá que estar, pero, si por el contrario, se ha prestado consentimiento sin especificar los límites y el alcance del mismo, ni el destino de la edificación (algo muy común cuando el consentimiento se otorga de modo genérico o tácitamente)⁶⁴⁴, la solución será la entrada en juego, bien de las normas de la accesión, concretamente del artículo 364 C.c., o quizá también, podría entrar en juego la solución del artículo 395 C.c. con la consiguiente redistribución de cuotas.

Hablamos de la entrada en juego de las reglas de la accesión de buena fe (artículo 361 C.c.) a modo de compensación, pues el edificante tiene conocimiento de la limitación de su autorización a edificar, y los demás condueños no hacen nada por oponerse a tal actuación.

En definitiva, podrán los condóminos optar por tres soluciones: 1) aceptar los términos de la accesión, esto es, adquirirán todos los condueños la edificación e indemnizarán al condómino-edificante por los gastos hechos para la construcción del edificio⁶⁴⁵ en proporción a la cuota que tuvieren en la comunidad; 2) rechazar las consecuencias de la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, debiendo el condómino-constructor pagar al resto el precio de su cuota indivisa sobre el *solum*; 3) una solución nueva, típica del condominio: la reordenación o redistribución de cuotas mediante la aplicación de la regla del artículo 395 C.c., por la que los condóminos podrán eximirse de contribuir a los gastos legítimos mediante renuncia a su cuota de comunidad. Esta renuncia puede ser total, lo que nos llevaría, de nuevo, ante la primera solución analizada, pero también puede ocurrir que los condóminos rechacen los términos de la accesión, no acepten la extensión de su derecho sobre el edificio previa indemnización, pero no quieran tampoco deshacerse de su cuota, la que tenían, antes de la edificación, sobre el *solum* vendiéndosela al condómino-constructor. En estos términos resulta que, pese a existir consentimiento, por su generalidad o indeterminación, el edificio no ha sido hecho en interés de la comunidad (supuesto del 395 C.c.), sino en interés propio

⁶⁴⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 207, considera que el alcance del consentimiento es simplemente convertir en lícito un acto que de otro modo no lo hubiere sido, pues la edificación no consentida supone una violación o transgresión del derecho de los demás condóminos (artículos 394 y 397), en cambio, prestado el consentimiento aun siendo tácitamente la edificación es un acto que puede hacer el condueño, pero no puede deducirse sin más la existencia de un derecho real de superficie o alguna otra situación excepcional, al menos que las mismas se pacten expresamente.

⁶⁴⁵En este punto SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 209, duda sobre la aplicación de los criterios para calcular la indemnización, vía 361 del Código, o la aplicación de los criterios del artículo 395 C.c. Así, de conformidad con la primera opción, como ya se ha analizado en el presente trabajo, el edificante podrá indemnizar a los condueños con la más baja de las dos cantidades siguientes: el abono de los gastos, o el aumento de valor que haya experimentado la cosa. En cambio, si se opta por el artículo 395, habrá que pagar, necesariamente, los gastos hechos. La autorización convierte en legítimos los gastos hechos para acometer la edificación por tanto somete el cálculo de la indemnización a lo previsto en el artículo 395 C.c.

del condómino-edificante (supuesto del artículo 394 C.c.).

En esta última opción⁶⁴⁶, la repercusión en la propiedad total de la cosa será económica, esto es, en virtud de la accesión y de la aplicación de esta última opción, los condóminos seguirán teniendo sobre la totalidad de la cosa (solar más edificación) las misma cuota que tenían antes, en origen, pero redistribuida. Por ejemplo, un solar que vale seiscientos euros pertenece en proindiviso a dos condóminos que cuentan, cada uno de ellos, con una cuota del cincuenta por ciento. Uno de los condueños con el consentimiento del otro construye un edificio que vale seis mil euros, diez veces más. Pero si el condueño que no edificó rechaza los términos de la accesión y, por tanto, la extensión económica de su cuota sobre la finca, y rechaza, igualmente, la venta de su cuota sobre el *solum*, se alcanzará el siguiente resultado: tendrá un 4,54% que valdrá igual que antes, trescientos euros, mientras el condómino constructor tendrá el 95,45% que valdrá seis mil trescientos euros. En definitiva cualquier alteración en la cuota del derecho, conllevará necesariamente una alteración en la cuota del valor, y a la inversa, y con la redistribución o reordenación de cuotas, se consiga adecuar el estado final de la finca, la redistribución de las cuotas de los condóminos tras la construcción.

Si la edificación estuviera prohibida, es claro que nos encontraríamos ante un supuesto de edificación por condómino de mala fe, y deben entrar en juego las reglas previstas en el artículo 362 C.c., si la edificación se acordara como beneficiosa para la comunidad, o, el artículo 363 C.c. que ordena la demolición y la reposición de la finca a su estado primitivo a costa del condómino que no respetó la prohibición.

Por último, si la edificación no ha sido consentida, ni prohibida, nos plantea el problema de interpretar ese silencio. Así, podría interpretarse como consentimiento tácito cuando el resto de condóminos lleven a cabo conductas o actos que permiten deducir que conocían y aceptan la edificación, en cuyo caso se aplicará idéntica solución que la prevista para el supuesto de edificación consentida sin delimitación de los términos y el alcance de tal consentimiento. Si no hubo consentimiento tácito pero los condóminos conocían la construcción y no formularon oposición, sino que la misma se ejecutó a su vista, ciencia y paciencia, procederá la compensación del conocimiento de la ajeridad con la tolerancia, entrando en juego el artículo 361 C.c. por remisión del artículo 364 C.c. Por último, si el condómino no tuvo conocimiento de la construcción (por ejemplo, por estar ausente) nos encontramos ante un caso de mala fe por el edificante y deben ser aplicadas las reglas de la edificación prohibida.

Dirección parecida a la seguida por la doctrina, parece haber adoptado el Tribunal Supremo. Su punto de partida fue considerar la existencia de un *ius prohibendi* en las situaciones de comunidad que hacía inviable e imposible el recurso a las reglas de la accesión (SSTS de 1 de marzo de 1979, 21 de mayo de 1970, 7 de mayo de 1974 y 9 de junio de 1975)⁶⁴⁷ Posteriormente, su fundamentación jurídica de base fue avanzan-

⁶⁴⁶SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 211.

⁶⁴⁷Sentencias extraídas del estudio jurisprudencial de RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., págs. 3920 y 3921, en las que se consagra un *ius prohibendi* de las innovaciones en los elementos comunes, y se descarta el aprovechamiento exclusivo por un solo condómino. Se opta por la orientación fundamental ofrecida por el artículo 397 C.c., según el cual, sin autorización de la totalidad de los

do hasta apreciar que la edificación en terreno del que se es condueño constituye una *apropiación de lo que es ajeno*, al no tener más que un derecho sobre una cuota ideal y no sobre concretos trozos de terreno, y comenzó a solventar tal conflicto sobre la base de la apreciación de mala fe recíproca (art. 364 C.c.), con remisión, por compensación, a las soluciones previstas en el artículo 361 C.c., concretamente, a la segunda de sus opciones, se excluye la demolición y se procede a la división de la cosa común, obligando al que construyó a pagar el precio del terreno, como si un supuesto de extralimitación se tratara, ya que el condómino que construye es, en parte, propietario del terreno⁶⁴⁸.

Numerosas son las sentencias que adoptan tal solución. Así, la de 30 de septiembre de 1981 (RJ 1981/3245), aprecia la concurrencia de mala fe recíproca y acude al artículo 361 C.c. para reconocer derechos al edificante y conseguir la división de la cosa común. La STS de 3 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7194) que afirma: “a la existencia de buena fe —por el condómino constructor, recurrente— se opone en principio el saber que el mismo figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los restantes copropietarios, o bien excluyendo esa buena fe, tanto para la constructora y sus oponentes, teniendo en cuenta que la edificación se realizó a la vista, ciencia y paciencia de los restantes condueños, sin oponerse, lo que por aplicación del artículo 364 C.c., compensándose las culpas, cual si todos hubieran procedido de buena fe, habría que entrar de nuevo, para el caso de autos en la aplicación del artículo trescientos sesenta y uno”. De modo parecido, la STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9471) resuelve el supuesto de hecho en el que unos copropietarios (2/5) habían demolido una casa y procedido a su reconstrucción sin contar con el consentimiento del resto de condóminos (3/5); éstos pretendían la demolición de lo construido, pero tanto el juez *a quo*, en la sentencia de primera instancia como en apelación habían considerado aplicable el artículo 364 C.c., y con base en el 361 C.c. habían condenado a aquéllos a pagar la parte del terreno correspondiente a las cuotas de los propietarios cuyo consentimiento se había obviado. El Tribunal Supremo opina, que no puede considerarse ésta una vía inadecuada para la obtención de la división de la cosa común, pues “la sentencia ha seguido la línea más prácticas en la conformación de lo que fue pedido, dentro de su fundamentación jurídica de base que consiste en apreciar la existencia de la copropiedad primitiva, la apropiación por unos comuneros de lo que era ajeno, puesto que no tenían sino un derecho sobre cuotas ideales, no sobre trozos de terreno, una buena fe resultante de la aplicación del 364.1º, y la lógica indemnización a quienes no consintieron la edificación, solución basada en el principio interpretativo de la eficacia, preferible a la artificiosa de indemnizar a la comunidad y detraer de la indemnización la parte correspondiente a quienes han de pagarla, con lo que se produce, finalmente, una solución justa y de total claridad en la ejecución”. La STS de 30 de septiembre de 1982 (RJ 1982/4931), sin embargo, afirma expresamente que, lo construido sobre suelo común no se hizo copropiedad por accesión porque se construyó a expensas de un único copropietario; y aprecia la concurrencia del artículo 364 C.c., lo que excluye la

interesados no está permitido que uno sólo puede innovar o alterar la configuración del inmueble.

⁶⁴⁸FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3003.

demolición ex artículo 362, y de conformidad a la sentencia de 1ª Instancia, procede a la división de la cosa común y a la adjudicación del derecho exclusivo que corresponde a cada parte⁶⁴⁹.

Por el contrario, en sintonía con la tendencia de los últimos años de volver a los esquemas tradicionales y a una más rígida aplicación del principio *superficies solo cedit*, (debido a la experiencia negativa por los abusos que ha traído consigo la vigencia de la doctrina sobre *accesión invertida*), encontramos sentencias, como la de fecha 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8671) donde de modo tajante, en su Fundamento de derecho tercero, se rechaza el recurso a la accesión y se concluye que *la situación de construcción extralimitada no se produce cuando un comunero construye en terreno que es común con otro comunero ya que, en tal caso, no construye en suelo ajeno, ni por supuesto, invade terreno ajeno*⁶⁵⁰.

También es rechazado el recurso a la accesión y la posibilidad de retener reconocida en el supuesto de hecho del artículo 361 C.c., en la STS de 21 de septiembre de 2011 (VLEX-324877259) cuando manifiesta, “más que el derecho de retención, lo que contempla este artículo es una opción relativa a la accesión continua artificial de bienes inmuebles, cuando se construye en suelo ajeno; el propietario de éste, por razón del principio *superficies solo cedit* que consagra el artículo 358 hace suya la construcción, pagando indemnización, pero tiene la opción de evitar la accesión (y tener que pagar la indemnización) exigiendo al que construyó que le pague el precio del terreno, a modo de compraventa del mismo. No es el caso de autos, de aquí que el motivo se desestime. El caso presente no es una accesión al que aplicar el artículo 361 C.c., sino una construcción por una serie de comuneros que eran propietarios de un inmueble arruinado y que pactaron una nueva edificación, unas cuotas y una concreción de viviendas. Esta *litis* no se resuelve por las normas de la accesión, sino por las relaciones entre comuneros, quedando fuera de este litigio la posible reclamación de lo debido por razón de aquella construcción”.

Por último, debemos hacer mención a la STS de 1 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4732), que negó tanto la accesión normal como la invertida porque la STS de 31 de mayo de 1949, y el artículo 361 C.c., “parten de un supuesto de hecho que no concurre en el caso debatido, y es el de un preciso deslinde del terreno sobre el que se edifica para concretar hasta dónde lo edificado cae dentro del terreno del edificante y hasta dónde fuera de él, puesto que se admite por el Tribunal de instancia que el suelo sobre el que se edificó es copropiedad del recurrente y de otros dos más, luego en tanto no se divida el suelo no puede saberse si se construyó sobre terreno propio”.

⁶⁴⁹Referida a un supuesto de extralimitación, la STS de 3 de marzo de 2004, que en un supuesto de construcción sobre toda la superficie registral de dos fincas contiguas, una propiedad exclusiva del constructor y otra en condominio con el demandante. Construcción que se ha llevado a cabo sin contar con el condómينو. El Tribunal Supremo opta por permitir al constructor la compra de la parte del *solum* en condominio respecto al que se extralimitó. Considera su conducta no de mala fe pero si entiende que ha sido “al menos negligente”.

⁶⁵⁰Vid también las SSTS de 27 de junio de 1997 (RJ 1997/5398) y de 29 de julio de 1994 (RJ 1994/6305).

4.2.5.2. Resolución, anulación y nulidad del contrato

Cabe la posibilidad de que el edificante adquiriera la finca en virtud de un título que posteriormente haya sido resuelto o rescindido, o que estuviere viciado de nulidad (en el sentido amplio, que abarca la imperfección, la inexistencia y los contratos prohibidos)⁶⁵¹. En principio, parece claro que antes de la declaración judicial el poseedor-edificante ha poseído como *versus dominus* y, en tal concepto, puede haber hecho construcciones, pero al retrotraerse las consecuencias de la desaparición del título puede parecer que, en lo relativo a las construcciones, las haya realizado un tercero, por lo que podrían aplicarse las normas de la accesión⁶⁵².

En la doctrina francesa, autores como LAURENT⁶⁵³, que parten de la concepción estricta de buena fe que se profesa respecto al artículo 555 del Code, entienden que el adquirente en virtud de un contrato nulo o anulado, o de un título resuelto, no es un constructor que construye en terreno ajeno de buena o mala fe. No posee para la usucapión, ni contra él se ejercita acción reivindicatoria sino acción personal de restitución. El comprador es como si no hubiere comprado nunca⁶⁵⁴. Esta doctrina, sin embargo, no ha sido mayoritaria en Francia y autores como WAHL o BAUDRY-LACANTINERIE⁶⁵⁵, por el contrario, han sostenido que la posición del que pierde la posesión en virtud de una acción de rescisión o de nulidad, es análoga a la del constructor en terreno ajeno. Abunda en esta idea MAZEAUD para el que el requisito de tratarse de un “tiers evincé” no es absoluto y definitivo, ya que en el artículo 555 del Code cabe la posibilidad de que se incluyan propietarios con título resuelto o anulado⁶⁵⁶.

Ahora bien, entre los autores franceses que estiman que la situación posesoria originada en virtud de un título resuelto, rescindido o viciado de nulidad, no tiene encuadre en las normas de la accesión, no se produce conformidad respecto a la normativa por la que debían regularse las construcciones realizadas. Así, para LAURENT⁶⁵⁷, el comprador no ha tenido título y, por tanto, las prestaciones deben devolverse y la construcción debe ser demolida⁶⁵⁸. Sin embargo DEMOLOMBE⁶⁵⁹, aunque rechaza el recurso a la normativa de la accesión, sólo admite la demolición para casos muy excepcionales.

En Italia PARADISO⁶⁶⁰, considera que en los supuestos de adquisición sometida a

⁶⁵¹DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 472.

⁶⁵²GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 225, 226 y 227.

⁶⁵³LAURENT, op. cit., nº 272, pág. 354.

⁶⁵⁴LAURENT, op. cit., nº 241, pág. 315 y nº 272, págs. 354 y 355, considera que como el comprador no ha tenido título no puede cuestionarse la buena o mala fe, pues ésta siempre se refiere a un estado psicológico sobre la eficacia del título existente.

⁶⁵⁵BAUDRY-LACANTINERIE, G., e CHAUVEAU, M., *Traité de Droit Civil. Des Biens*, T. VI. París Nº 375, págs. 258 y 259. Aunque la excluye en supuestos de que exista condición resolutoria.

⁶⁵⁶Doctrina citada por CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 292.

⁶⁵⁷LAURENT, op. cit., nº 272, pág. 354.

⁶⁵⁸Debe demolerse, no porque el *accipiens* actúe de mala fe sino porque nunca hubo título.

⁶⁵⁹DEMOLOMBE, op. cit. (Nº 691 bis), pág. 616.

⁶⁶⁰PARADISO, op. cit., pág. 164 y 165, notas 36, 37, 38 y 39.

condición resolutoria⁶⁶¹, de anulabilidad o de resolución de la compraventa⁶⁶², o de cesación de la relación concesionaria⁶⁶³, hay que estar al momento exacto en el que se hizo la edificación, y la retroactividad (*ex tunc*) no excluiría que el constructor tuviera derecho a realizar la construcción en el momento en el que la ejecutó, y a tal momento debe atenderse para enjuiciar su licitud. PEROSI, en idénticos términos y para el caso de adquisición sometida a condición resolutoria, resuelve que *la retroactividad de la condición no excluye la licitud del disfrute y de los actos de administración y propone una aplicación analógica de los artículos 975 e 986 c.c.*, relativos a los “miglioramenti e addizioni” realizados sobre las cosas por el enfiteuta o el usufructuario.

Respecto a nuestro Código civil, la cuestión se presenta bastante oscura, pues cuando se rescinde un contrato por causas legales o cuando se anula⁶⁶⁴, lo que realmente parece preocupar al legislador es la restitución de los frutos e intereses⁶⁶⁵, además de las prestaciones, como es posible apreciar en los artículos 1295 y 1303 C.c. Es más, en la hipótesis de resolución por incumplimiento⁶⁶⁶, ni siquiera hay norma específica⁶⁶⁷ y

⁶⁶¹Cass. 25 settembre 1984, n° 4820.

⁶⁶²Cass. 18 giugno 1980, n° 3862.

⁶⁶³Cass. 4 maggio 1981, n° 2701; 4 novembre 1980, n° 5910.

⁶⁶⁴HERRERA DE LAS HERAS, R., “STS de 24 de marzo de 2006: Quiebra: nulidad de la compraventa realizada en el periodo de retroacción de la quiebra; devolución de la cosa con los frutos obtenidos y devolución del precio con los intereses correspondientes”, en *CCJC*, N° 73, 2007, págs. 453 y ss.

⁶⁶⁵NAVARRO CASTRO, M., “La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado”, *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, coord. por I. González Pacanowska, C. L., García Pérez, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 100.

⁶⁶⁶DÍEZ SOTO, C., “Comentario a la STS de 9 de julio de 1991. Compraventa de inmuebles. Obligación de otorgar escritura pública de venta. Exceptio non adimpleti contractus. Cláusula penal”, en *CCJC*, n° 26, 1991, pág. 690, para un caso concreto de incumplimiento por ambas partes de obligaciones y en relación al establecimiento en el contrato de una cláusula penal, pone de manifiesto que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato podrá dar lugar a que se exija su cumplimiento o resolución, y que la pena es compatible tanto con el cumplimiento forzoso como con la resolución contractual, y que debe alcanzar a cualquier obligación del contrato tanto principales como accesorias. Vid también, PLANA ARNALDOS, M^a. C., “STS de 17 de septiembre de 2003: Contrato de cesión de suelo a cambio de edificación. Resolución del contrato. Restitución: aplicación de las normas de accesión”, en *CCJC*, N° 65, 2004, págs. 673 a 688. Comentario referido a un supuesto de El Tribunal supuesto de resolución contractual por incumplimiento imputable a la parte constructora que había suscrito con los propietarios del solar un contrato de cesión de solar a cambio de edificación futura, sometido a condición resolutoria para el caso de que la ejecución de la obra no se terminase en dos años y a condición suspensiva, sometiendo la virtualidad del contrato a la efectiva ejecución y entrega de la obra al cedente. El Tribunal Supremo opta por aplicar a favor del *dominus soli* las normas de accesión y acuerda la atribución de la propiedad de las obras al cedente sin indemnización (artículo 362 C.c.). Aunque es de advertir, que en el contrato existía una cláusula expresa que establecía que en caso de incumplimiento por el constructor, el cedente haría suya la obra construida sin indemnización, y sin embargo, ninguna de las instancias hace referencia a tal cláusula.

⁶⁶⁷PLANA ARNALDOS, M^a. C., “Resolución y restitución”, *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, coord. por I. González Pacanowska, C. L., García Pérez, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 508. Ante la ausencia de un régimen legal *ad hoc* que establezca los efectos restitutorios, advierte la autora que doctrina y jurisprudencia han recurrido a la aplicación de diversos regímenes normativos contenidos en el Código con diverso fundamento. Es bastante general el recurso al artículo 1123 y concordantes del Código civil, previstos para la condición resolutoria expresa. Solución que además está avalada por la ubicación sistemática de los artículos 1123 y 1124 y por la consideración del artículo

de ahí que se haya declarado⁶⁶⁸ la aplicación de las normas reguladoras de la “conditio pendens” del artículo 1122 C.c. por la remisión que al mismo realiza el artículo 1123 C.c., tratando las construcciones como mejoras hechas por el poseedor. (vid. STS de 24 de febrero de 1988 —RJ 1988/1301—)⁶⁶⁹.

Entre nuestra doctrina, las soluciones propuestas son varias debido a la diversidad de regímenes existentes (artículo 1122⁶⁷⁰, 451 y ss., 1124 o 361 y ss. C.c.) para la liquidación de la gestión posesoria por edificaciones hechas en la finca tras la recuperación del inmueble.

De un lado, destaca CARRASCO PERERA, que distingue tres supuestos distintos:

1. El del adquirente-edificante de un contrato que posteriormente se resuelve⁶⁷¹ o rescinde. En tal caso, el edificante sería auténtico propietario que construye en

1124 como “condición resolutoria tácita” o “implícita”. Así, en primer lugar procede la restitución (artículo 1123 C.c.) los frutos e intereses obtenidos en la situación de pendencia se compensan cuando la obligación es recíproca y las mejoras quedan en beneficio del acreedor de la restitución (artículo 1122 C.c., que remite al régimen del usufructo). En otros supuestos, la jurisprudencia ha acudido a otros regímenes como los artículos 1295 y 1303 C.c. equiparando resolución a rescisión y nulidad. Y en cuanto a las mejoras los completa con el artículo 1123 C.c. También, ha acudido al régimen de liquidación de los estados posesorios y al régimen de la accesión.

⁶⁶⁸GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 226 y 227.

⁶⁶⁹La STS de 24 de febrero de 1988 (RJ 1988/1301) va referida a un supuesto de resolución contractual por falta de pago del precio aplazado. Frente a la acción de resolución contractual los demandados reconvinieron exigiendo el pago de las obras realizadas en los locales. En el Fundamento de derecho tercero pone de manifiesto que ante el impago “se produce una situación de incumplimiento, por parte del comprador de su obligación esencial de pago, lo que da paso a la aplicación del art. 1504 C.c. que, según reiterada jurisprudencia —Sentencias de esta Sala de 4-X-1986 (RJ 1986/5237), 30-X-1986 (RJ 1986/6065) y 26-I-1987 (RJ 1987/355), entre otras—, no contradice, sino que complementa lo dispuesto en el art. 1124, cuyos efectos resolutorios específicos enlaza también la jurisprudencia, con los de la resolución que se produce por incumplimiento de una condición resolutoria (p.e. Sentencia de esta Sala 21-XI-1963 [RJ 1963/4638], 17-I-1986 [RJ 1986/104], 17-VI-1986 [RJ 1986/3554], 21-IV-1987 [RJ 1987/2719], entre otras; aunque el artículo 1124, no contenga una condición, en su sentido estricto, sino una facultad legal, también llamada «condición resolutoria tácita», porque, en definitiva, su efecto es el mismo, la resolución del contrato que permite aplicar los artículos 1122-6.º y 1123-2.º del Código Civil, en virtud de los cuales al deudor incumplidor no corresponden, sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que corresponden al usufructuario que, según el art. 487 del propio Código son los de retirar las mejoras, si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes, no el de ser indemnizado con su importe, ya que no es de aplicación al caso el art. 361 que se refiere a las consecuencias de litigios sobre posesión, en general y no a aquéllos en los cuales, como ocurre en el presente, las vicisitudes de la posesión están lógicamente enlazadas a las del cumplimiento o incumplimiento de un contrato traslativo.”

⁶⁷⁰CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 296, advierte que es sabido que el Código civil ha asimilado la facultad de resolver las obligaciones sinalagmáticas a una condición resolutoria, y establece, que para la pérdida y mejoras valen los preceptos específicos del artículo 1122 C.c. en sede de condiciones suspensivas.

⁶⁷¹NAVARRO CASTRO, op. cit., pág. 95 y ss., analiza la posibilidad de resolución anticipada, bien por certeza de que el deudor va a incumplir, o porque existe “temor fundado” a que no cumpla, por ejemplo en una compraventa con precio aplazado de una finca en la que construye. Pone de manifiesto que es necesaria la entrega de la cosa para que su temor fundado sea causa de resolución, pues el fundamento de esta causa de resolución no es sólo el temor de no cobrar, sino en que al mismo tiempo se quede el vendedor sin la posibilidad de recuperar la cosa. ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario al artículo 1503

suelo propio, que posee justamente y por lo tanto, no le sería de aplicación el artículo 361 C.c. sino los artículos 453 y ss. C.c., que disciplinan la liquidación de un estado posesorio general cuando el que ostenta la tenencia de la cosa debe ceder ante el mejor derecho de un tercero⁶⁷². CARRASCO PERERA, estima aplicable *prima facie* el régimen general de las impensas en la posesión, por —lo que llama— *una cuestión de intereses en juego*. Para él, el adquirente-edificante que está, por ejemplo, sometido a condición resolutoria, se asimila al usufructuario en el hecho de que, de un modo u otro, conoce o prevé la existencia de un tiempo determinado de posesión de la cosa. El que realiza obras sobre la cosa entregada bajo condición resolutoria, al igual que el usufructuario, conoce su situación claudicante, esto es, su provisionalidad o, al menos, su interinidad. *Debe haber calculado en el tiempo, porque le consta la rentabilidad y amortización de la mejora*. Sin embargo, la cuestión es más dudosa en el caso del artículo 1124 C.c, porque el deudor no puede saber que su posesión de la finca en la que edifica es claudicante, desconoce la eventualidad de un fin en su posesión ya que puede ocurrir que la resolución sea, como suele en la práctica ocurrir, por una falta de liquidez sobrevenida.

2. Si el propietario construye en virtud de un contrato anulable, lo haría, igualmente, en terreno propio y, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 1303 C.c., la anulación del contrato obliga a la restitución de los frutos, y aunque no se refiera expresamente a las mejoras, también a ellas y, entre ellas, a la edificación. Y es que, aunque pudiera parecer que este precepto excluye la eventual aplicación de los artículos 451 y ss.⁶⁷³ la doctrina más autorizada⁶⁷⁴ ha estimado que las normas reguladoras de la posesión son aplicables cuando se adquiere de un *verus dominus*, configurando el estatuto de todo poseedor con independencia de cómo comenzó a poseer.
3. Si la hipótesis ante la que nos encontramos es la de nulidad radical del contrato, la solución aquí deberá ser distinta a los dos supuestos anteriormente analizados,

C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10639 y ss, considera que en realidad más que resolución anticipada en el artículo 1503 C.c. lo que hay es una especie de “resolución simplificada”, una resolución urgente e inmediata en la que no entran en juego los requisitos del artículo 1124 C.c., ni los del artículo 1504 C.c.

⁶⁷²CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 293, sin embargo, defiende la aplicación indiferenciada del artículo 361 C.c. en relación con el 453 C.c., porque las considera “idéntica norma” aunque entiende que esta última tiene un alcance más amplio respecto a los sujetos comprendidos. Defiende que con base en ello, que resulta indiferente la aplicación de la normativa de construcción en suelo ajeno o las reglas de a posesión. Pero si el propietario resuelto no es constructor en suelo ajeno no se le puede aplicar e imponer la segunda alternativa de la opción del artículo 361, ni en caso de ser de mala fe, tampoco se le puede obligar a demoler lo edificado, porque tales acciones no se reconocen en los artículos 453 a 455 C.c.

⁶⁷³Al parecer, parte de la doctrina ha tratado de salvar la antinomia atribuyendo al artículo 1303 la regulación *inter partes*, cuando el título procede de un *verus dominus*, mientras que los artículo 451 y siguientes entrarían en juego cuando el título procede de un *non domino*. CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 294.

⁶⁷⁴DE CASTRO Y BRAVO, op. cit., pág. 484.

por el hecho de que en este caso la construcción realizada sí sería una auténtica construcción en terreno ajeno. En este caso el régimen restitutorio al que alude el artículo 1303, deberá remitirse a lo previsto en los artículos 361 y ss. C.c. Añade CARRASCO PERERA, que tal remisión producirá resultados idénticos a los previstos en el régimen de anulabilidad, por la remisión en tal caso a los artículos 453 y ss. C.c. con la especialidad de que si el constructor es de buena fe (aunque sólo lo fuere por la compensación del artículo 364 C.c.), pudiere verse compelido a adquirir el terreno en el que edificó, y si actuó de mala fe a demoler a su costa. Aunque todo ello, quedaría condicionado a la entrada en juego de otra regla de restitución más específica recogida en los artículos 1305 y 1306 C.c., que dejarían fuera las previsiones de la accesión.

Frente a tal postura, encontramos a GULLÓN BALLESTEROS, para el que las normas de la accesión han de colmar las lagunas referidas. Considera irreal pretender su exclusión bajo la consideración de que el contratante, cuando ejecuta la obra, lo hace sobre su propio terreno, porque el efecto retroactivo de la declaración de nulidad, rescisión o resolución, que si bien será una ficción jurídica, cuyo significado implica que el edificante en finca adquirida ha sido dueño de la misma hasta el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 C.c., hace inevitable que, a la postre, haya construido sobre terreno ajeno.

Aunque podría decirse que no hay necesidad de recurrir a la aplicación de las normas de la accesión porque las normas de liquidación de un estado posesorio son régimen general a falta de otro específico y concreto, y que dentro del mismo se regula la suerte de la mejoras. Pero no parece del todo exacta esta solución. Como ya se ha visto, no toda construcción es por sí una mejora⁶⁷⁵, y aunque se estimase lo contrario, el régimen jurídico de las expensas posesorias y el de la accesión es diverso. Basta observar la opción que se otorga al *dominus soli* en el artículo 361 C.c., particularmente la posibilidad de la imposición forzosa de venta del terreno al edificante⁶⁷⁶, además de sus derechos en caso de edificación de mala fe, especialmente la facultad de pedir la

⁶⁷⁵DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298, defiende este autor “que una construcción no tiene por qué suponer siempre una objetiva mejora del fundo, pues ello dependerá del tipo, función y calidad de la construcción. Lo demuestra así que, en materia de mejoras el Código suele distinguir, aparte las de mereo lujo o recreo, las necesarias, que parecen presuponer siempre un acto meramente conservativo, y las útiles, que como su propio nombre indica, necesitan determinar una utilidad para el fundo. Caben, pues construcciones que no sean en sentido estricto mejoras, por no ser necesarias o por no determinar una directa utilidad. Por otra parte, en el régimen de las mejoras se engloba un poco confusamente el gasto realizado y las obras o instalaciones en que el gasto se concreta, y se puede decir que las normas sobre régimen jurídico de las mejoras aparecen montadas sobre todo como criterios para resolver el problema del gasto más que el destino final de la obra o instalación. Por último, cabe todavía señalar que hay mejoras que no significan directa incorporación o accesión, puesto que respecto a ellas se admite el llamado *ius tollendi* o derecho del que las introdujo a separarlas, que está suponiendo la posibilidad de separación y, por ende, la inexistencia de incorporación en sentido estricto”.

⁶⁷⁶La primera opción, la exigencia del pago del terreno como opción del artículo 361 del Código civil podría equipararse a la acción de cumplimiento que el artículo 1124 del Código civil concede al acreedor, junto a la facultad resolutoria.

demolición de lo edificado para convencernos de que no es un tema baladí⁶⁷⁷ decidirse por una tesis u otra⁶⁷⁸, pues la recuperación del inmueble irremediamente genera un conflicto de liquidación por la edificación practicada en el mismo.

La jurisprudencia tampoco es uniforme, de más a menos antiguas, en contra de la entrada en juego del principio *superficies solo cedit* encontramos las SSTs de 14 de junio de 1956 (RJ 1956/2702), y la de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979/420), que confirma la anterior, relativa a un supuesto litigioso de realización de obras por compradores a los que se resolvió el contrato por incumplimiento, y declara que quien construye, planta o siembra no ha de tener vínculo alguno con el predio en que las realiza. La misma “Litis”, resolución por incumplimiento, origina que la STS de 24 de febrero de 1988 (RJ 1988/1301) de entrada “a la aplicación del art. 1504 C.c. que, según reiterada jurisprudencia —Sentencias de esta Sala de 4 de octubre de 1986 (RJ 1986/5237), 30 de octubre de 1986 (RJ 1986/6065) y 26 de enero de 1987 (RJ 1987/355), entre otras—, no contradice, sino que complementa, lo dispuesto en el art. 1124, cuyos efectos resolutorios específicos, enlaza también la jurisprudencia, con los de la resolución que se produce por incumplimiento de una condición resolutoria (por ejemplo Sentencia de esta Sala 21 de noviembre de 1963 (RJ 1963/4638), 17 de enero de 1986 (RJ 1986/104), 17 de junio de 1986 (RJ 1986/3554), 21 de abril de 1987 (RJ 1987/2719), entre otras, aunque el artículo 1124, no contenga una condición, en su sentido estricto, sino una facultad legal, también llamada «condición resolutoria tácita», porque, en definitiva, su efecto es el mismo, la resolución del contrato que permite aplicar los artículos 1122-6.º y 1123-2.º del Código Civil, en virtud de los cuales al deudor incumplidor no corresponden, sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que corresponden al usufructuario que, según el art. 487 del propio Código son los de retirar las mejoras, si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes, no el de ser indemnizado con su importe, ya que no es de aplicación al caso el art. 361 que se refiere a las consecuencias de litigios sobre posesión, en general y no a aquéllos en los cuales, como ocurre en el presente, las vicisitudes de la posesión están lógicamente enlazadas a las del cumplimiento o incumplimiento de un contrato traslativo.”. También, la STS de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4766) en un supuesto de construcción por donatario, en el que la donación está sometida a condición resolutoria, desestima la pretensión de entrada en juego de la accesión y la de indemnización por las construcciones realizadas por el donatario en la finca, al entender que el donatario construye en suelo propio y no en suelo ajeno antes de la reversión de la finca donada por incumplimiento de la condición resolutoria.

⁶⁷⁷GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 226 y 227.

⁶⁷⁸PLANA ARNALDOS, “Resolución...”, op. cit., pág. 517, no considera ambos regímenes como excluyentes, sino de aplicación cumulativa. Así en la construcción en suelo ajeno se aplican los artículos 453 y ss. C.c., y además, las normas de la accesión que conlleva dos diferencias añadidas: el derecho de imposición de la compra del terreno edificado que tiene el dueño del terreno y el derecho de reintegro *in natura* que puede pretender el dueño del suelo frente al edificante de mala fe. Esta propuesta normativa, para la autora tiene sentido en los casos de contratos en los que hay que restituir un bien en el que se ha edificado, porque ese era el objeto principal del contrato, y señala tanto el contrato de compraventa de terreno para edificar, como los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura.

En sentido contrario, cabe citar la STS de 14 de junio de 1976⁶⁷⁹, en la que se analiza un supuesto de nulidad de contrato atípico de cesión de tierras para plantación de olivar, que se declara nulo por simulado, y se aplica el artículo 361 C.c. que prevalece sobre el artículo 1303 C.c. regulador de los efectos de la nulidad. Más recientemente, la STS de 27 de enero de 2011 (RJ 2011/300), acuerda la entrada en juego de las reglas de la accesión a favor del donante y la reversión de finca donada por incumplimiento de condición impuesta al donatario⁶⁸⁰, con todas sus pertenencias y accesiones en los términos siguientes “el donatario si no cumple, porque no quiere o porque no puede, lo condiciona la donación y se da el evento reversional, que no puede exigir al donante (o al tercero a quien se debe la reversión) lo que haya hecho que puede ser de un alcance económico inalcanzable. Es decir, el donatario a quien se le aplica la reversión debe devolver lo donado sin tener derecho a exigir una liquidación posesoria ni, mucho menos, una aplicación del artículo 361 del Código civil. En todo caso, la aplicación lo será del principio *superficies solo cedit* que proclama el artículo 353 del Código civil con carácter general, a favor del donante”. Resuelve un supuesto de hecho análogo y en términos idénticos la STS de 27 de febrero de 1993 (RJ 1993/1303).

Por último, la AP de Girona, en su sentencia de 19 de marzo de 2010 (JUR 2010/244738), declara ineficaz la donación alegada de un solar al faltar el requisito “ad solemnitatem”, pues “no ha existido escritura pública de donación que tanto el Código civil, artículo 633, como el Código civil de Catalunya, artículo 531-12, exigen para su validez”. Da entrada a las normas reguladoras de la accesión para disciplinar el conflicto generado por construcción realizada por el donatario, concretamente al artículo 542.9 C.c.c., referido a las construcciones realizadas en suelo ajeno, con buena fe y valor superior de la construcción respecto al terreno ocupado “que no le convierte, sin más, en propietario del solar sino que únicamente le faculta para provocar la transmisión forzosa de la finca invadida con cesión de la propiedad de la parte del suelo a los constructores si estos indemnizan por el valor del suelo, y daños y perjuicios en su caso, art. 542-9.1, o mediante indemnización en especie⁶⁸¹, a opción de la propiedad del suelo, apartado 3 del mismo precepto”.

⁶⁷⁹Extraída del estudio jurisprudencial realizado por RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., págs. 3919 y 3920.

⁶⁸⁰De interés FAUS, M., “Donación con pacto de reversión”. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/donacion-pacto-reversion-453414>. (15-05-2013).

⁶⁸¹Los propietarios pueden optar por una indemnización en especie consistente en la adjudicación de pisos o locales si los constructores han constituido el régimen de propiedad horizontal o si este régimen puede constituirse físicamente en el edificio construido (artículo 542-9.3 C.c.c.).

4.3. Edificación en suelo ajeno con materiales propios de mala fe

4.3.1. Supuesto de hecho⁶⁸²

Cuando el tercero edifica de mala fe, el artículo 362 C.c.⁶⁸³ y su apéndice⁶⁸⁴, el artículo 363 C.c.⁶⁸⁵, nos conceden una solución basada en la aplicación rígida⁶⁸⁶ del principio *superficies solo cedit*: el *dominus soli* hará suyo lo edificado sin derecho de aquél a ser indemnizado, aunque también se le faculta para exigir del edificante, y a su

⁶⁸²El antecedente más remoto en disciplinar el supuesto de hecho analizado, se encuentra, tal y como señala GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 362, en el párrafo 30, título 1, libro 2 de las Instituciones “Se hoc casa materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur ese alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare: et ideo licet diruta sit domus, materiam vindicare non potest”. Según esta norma del Derecho romano, el propietario de los materiales que edificaba en terreno ajeno de mala fe, esto es, con conocimiento de que ocupaba un espacio que no era suyo, perdía la propiedad de los materiales empleados en la edificación por un *animus donandi*, que operaba, a modo de presunción legal contra el constructor de mala fe. En idénticos términos, La Partida 3^a, Ley 42, título 28: “Qua lome quier que labrasse edificio ó sembrasse en heredad agena, aviendo mala fe pierde todo quanto y labró o sembró” y sólo concedía la deducción de los gastos hechos por razón de los frutos que debía restituirse en especie o en dinero.

⁶⁸³El artículo 362 C.c., concuerda con el artículo 365 del Proyecto de 1882 y presenta una redacción prácticamente idéntica con el artículo 405 del Proyecto de Código civil de 1851, que introducía dos pequeños matices diferenciadores. Por un lado, en el proyecto no se hacía referencia a la siembra. Y por otro, se utilizaba una fórmula más larga para negar el derecho de indemnización del constructor “sin que tenga derecho á reclamar á el dueño del suelo ninguna indemnización”. En el Proyecto de 1836, su precedente era el artículo 678 que decía: “El que plantare o edificare en terreno ajeno con mala fe, pierde lo plantado o edificado y no tiene derecho a indemnización alguna”.

⁶⁸⁴MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 183.

⁶⁸⁵El artículo 363 C.c. no tiene concordante en el Proyecto de Código civil de 1836, en cambio es coincidente con el artículo 406 del Proyecto de 1851 que decía: “El dueño del terreno en que se haya edificado con mala fé, podrá pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas á su estado primitivo á costa del edificante”. Redacción que se mantiene en el Proyecto de 1882 (artículo 366). Por otra parte en el Código Isabelino se decía que el propietario “podrá pedir” la demolición “y la reposición”, mientras que el actual artículo 363 del Código civil señala que el *dominus* “puede exigir”, la demolición “reponiendo...”. Parece, que el Código de 1889 sanciona de modo más severo y tajante la mala fe del constructor puesto que la demolición ya no se contempla como una posibilidad futura sino presente. De igual modo, la reposición de las cosas a costa del que edificó no es un mero *desiderátum*, sino una consecuencia de la demolición. En cuanto a la concordancia de estos dos preceptos (362 y 363 del Código civil) con los códigos extranjeros, debemos observar que los Códigos francés, artículo 555, y los italianos, artículo 450 del Codice anterior, y artículo 936 del Codice vigente, no hacen las distinciones que determinan los preceptos españoles, y así autorizan al dueño del terreno para exigir que el tercero que edificó o sembró destruya lo edificado o lo plantado, y retire a su costa los materiales, y pague daños y perjuicios si existieren. El artículo 362 concuerda casi exactamente con el artículo 886 del Código civil de Méjico y con el 597 de Guatemala, y decimos “casi” porque ambos códigos al negar la indemnización al que edifica con mala fe edificatoria, utilizan la expresión “ninguna indemnización” en lugar de indemnización a secas como el español. El artículo 363 del Código español, concuerda exactamente con los artículos 887 y 598 de los Códigos latinos citados. MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 197.

⁶⁸⁶GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 231

costa, la demolición de la obra.

Es evidente que ambos preceptos se refieren a idéntica hipótesis y que por razones de identidad y sistema, deberían refundirse en uno solo. De este manera, el artículo 363 C.c. pasaría a integrar el párrafo segundo del artículo 362 C.c., por cuanto completa y precisa la opción del propietario del suelo para demoler la obra en el caso de que haya rechazado los términos jurídico-reales de la accesión, también porque integran el necesario complemento⁶⁸⁷ del artículo 361 C.c., regulando la segunda hipótesis posible en el caso general de construcción sobre terreno ajeno con materiales propios.

En cuanto al elemento clave del supuesto de hecho, la mala fe edificatoria⁶⁸⁸, consistirá en el hecho de realizar la construcción con *plena consciencia*⁶⁸⁹ de que el suelo no está en su patrimonio⁶⁹⁰ o, por lo menos, en la realización de la invasión con error inexcusable (sin que medie consentimiento o mera tolerancia por parte del propietario por vínculos de amistad o “iure familiaritatis”). Y no habría “injusticia”, como algunos apuntan, en perder lo que se construye cuando se sabe, o se debe saber, que no se tiene derecho a realizarlo. Más, la decisión que adopta el legislador de no otorgar protección jurídica para quien enriquece un patrimonio ajeno a sabiendas de que lo es⁶⁹¹, no es aislada, sino firme y reiterada a lo largo de todo el Código (artículos 362, 379.I, 382.II, 383.III, 1122.6º, 1573 C.c.).

⁶⁸⁷MANRESA, op. cit., pág. 197.

⁶⁸⁸SCAEVOLA, op. cit., pág. 317, considera que en la “mala fe” van envueltos todos los modos de engaño, fraude, malicia, dolo, etc. . . y que el problema legal que examinamos puede relacionarse con un artículo del Código penal, el 534 (actual 254.2, hoy tipificado como delito leve), por virtud del cual, “al que con violencia o intimidación en las personas, ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando de 125 pesetas”. Ahora bien, “el que edifica, planta o siembra con materiales suyos en terreno ajeno puede hacerlo, no sólo por medios subrepticios, sino también en forma dolosa, intimando o atemorizando al propietario del suelo violentamente; y en estos últimos casos parecen entrar ya en acción el Derecho civil y el penal. . .”

⁶⁸⁹Elemento cognitivo coincidente con su antecedente más remoto en Derecho romano: párrafo 30, título 1, libro 2 de las Instituciones que no hacía referencia alguna a la mala fe del constructor, pero sí al conocimiento por parte del mismo de la ajenidad del *solum*, anudándose lógicamente tal elemento cognitivo a la pérdida de la propiedad de lo edificado.

⁶⁹⁰Vid. SSTS 17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728) reproducida literalmente por la STS de 1 de octubre de 1984 (RJ 1984/4750) que exponen con buen criterio sistemático y explicativo lo siguiente: “el acto de edificar en terreno ajeno puede revestir las siguientes modalidades: a) con plena consciencia por parte del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno sin derecho a indemnización, si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor, siguiendo, por lo tanto el principio *superficies solo cedit*. . .” y como apartados b) y c) recoge “la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho. . . (art. 361)” y, por último “cuando el dueño de un predio, al construir rebasa los linderos sin dolo o culpa grave, extralimitándose con lo edificado. . . hipótesis prevista en algunas legislaciones extranjeras, conocida en la doctrina con el nombre de accesión invertida o extralimitada. . .”.

⁶⁹¹BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1496. Añade este autor que si no hubiere pacto que recoja tal posibilidad edificatoria y sus consecuencias jurídicas, o no se dan los requisitos de la gestión de negocios ajenos el Código es terminante: ninguna compensación por enriquecimientos impuestos de mala fe. Sólo como excepción, se permite al tercero que ha pagado contra la expresa voluntad del deudor, repetir de éste “aquello en que le hubiere sido útil el pago” (artículo 1158 C.c.). Cede la protección del enriquecido cede aquí ante la tutela del interés del acreedor.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en este punto, e identifican la mala fe edificatoria, con el dolo o culpa grave. Así, para LÓPEZ VILAS⁶⁹², el acto realizado es objetiva y subjetivamente ilícito, pues el que edifica en terreno ajeno tiene plena consciencia de la ilicitud del acto (mala fe), razón por la cual el legislador ha dispuesto de forma absoluta y concluyente que aquel edificante que así actúa no tiene derecho alguno sobre lo edificado, ni siquiera, respecto del costo o desembolso que hubiere realizado. En idénticos términos, DÍEZ PICAZO lo define como *la consciencia de la invasión de la propiedad ajena o, por lo menos, en la realización de esta invasión con un error inexcusable*⁶⁹³.

La jurisprudencia⁶⁹⁴ mantiene un criterio uniforme sobre esta cuestión desde comienzos del siglo XX. Así, la STS de 30 de noviembre de 1900 (JC Tomo 90, n^o 155, págs. 743 y ss.)⁶⁹⁵, aunque referida a un caso de plantación y siembra, estimaba mala fe en el arrendatario que, expirado el plazo de su contrato y requerido para que cese, realiza plantaciones y siembras, por lo que debe estimarse que las cosechas no le corresponden según ley y deben reputarse como realizadas en suelo ajeno. También, la STS de 17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728), reproducida por otras muchas posteriores (como en la STS de 12 de abril de 1980 —RJ 1980/1414—), reconoce que la conducta del constructor “al afirmar que el terreno estaba abandonado y baldío, ya acredita por sí sola la plena constancia de no pertenecerle por título idóneo en derecho, mala fe que se acentúa al ser advertido, al hallarse la obra en los cimientos, por tercera persona interesada, con simple esperanza de derechos sucesorios, ante tres testigos de la abusiva ocupación del solar, acusándose aún más en la absolución de posiciones, pues manifiesta que edificó sin contar con el consentimiento de nadie por no ser necesario, que nunca se tituló propietario de la parcela antes de construir, pero sí lo es una vez concluido el edificio”.

En términos parecidos, la STS de 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759), resuel-

⁶⁹²LÓPEZ VILAS, op. cit., págs. 1021 y 1022. En idéntico sentido ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 387 y 388; ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, págs. 289 y 290; FEMENIA LÓPEZ, op. cit., págs. 3063 y ss.; BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1498.

⁶⁹³DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 307.

⁶⁹⁴Entre la jurisprudencia menor podemos citar la SAP de Pontevedra de 10 de mayo de 2016 (JUR 2016/139342), relativo a la construcción de un pozo en finca de la parte actora, invocando autorización verbal de la anterior propietaria (progenitora de la demandante). “Máxime teniendo en cuenta el carácter molesto e insalubre de la limitación (pozo negro) que acarrea un importante desvalor del predio afectado” y entiende la juzgadora que “el testigo deponente en los autos, Sr. Jesús Carlos, no alcanza a identificar con la necesaria precisión a la persona allí presente que afirma haberles permitido la apertura de pozo en la finca, esto es, de que efectivamente se tratase de la progenitora... En consecuencia, se estima procedente la pretensión de la actora, con acogimiento del recurso de apelación” (eliminación del pozo negro a costa del edificante de mala fe). También la SAP de Córdoba de 19 de abril de 2016 (JUR 2016/179550), entiende que el demandante “actuó con mala fe al faltar el consentimiento del demandado a la construcción, por lo que a mayor abundamiento de lo anterior, resulta que aquello se puso de manifiesto con el burofax remitido tan pronto como comprobó que estaba construyendo en parcela común, como con el acto de conciliación instado al no recoger el demandante el burofax antes citado, y al efecto la sentencia da noticias de que el técnico que intervino en esa construcción, don Gabino, conocía que demandante y demandado tenían conflictos y por eso no contactó con el segundo...”

⁶⁹⁵Tomada de FEMENIA LÓPEZ, op. cit., pág. 3063.

ve un supuesto en el que se ejercita la acción declarativa de dominio frente a quien había construido por vínculos de familiaridad. El Tribunal Supremo entiende “inequívocamente destruida la presunción de buena fe” porque el constructor había sido avisado por varios familiares de que la finca era propiedad de su sobrina, a cuyo nombre figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad, y aplica en consecuencia el artículo 362 C.c.

Recientemente, la STS de 12 de febrero de 2014 (RJ 2014/1860), en un complicado supuesto en el que la finca litigiosa edificada fue objeto de una cesión de crédito hipotecario y adjudicación a favor del recurrente-edificante, ambas declaradas posteriormente nulas por sentencia judicial⁶⁹⁶, aprecia “la mala fe del demandado en las obras que realizó en la finca: conocía la existencia de un previo proceso penal donde se cuestionaba el préstamo finalmente declarado usurario e incluso inició las obras cuando ni siquiera le había sido transmitida la propiedad por el auto de aprobación del remate, además de conocer la existencia del previo procedimiento civil en el que se había solicitado la nulidad del préstamo en cuestión”. El Tribunal Supremo continúa afirmando que “. . . dada la constatación de la mala fe del demandado y la inviable asimilación del supuesto debatido a la construcción en suelo propio, la regla de la ausencia de protección jurídica para quien enriquece un patrimonio ajeno a sabiendas de que lo es, no permite, sin excepción, compensación alguna al respecto, tal y como directamente establece el citado artículo 362 del Código civil. . .”⁶⁹⁷.

Por último la STS de la Sala de lo Contencioso, de 21 de noviembre de 2012 (Cen- doj 28079130062012100914) declara la mala fe de la Comunidad de Madrid por la actuación del Ayuntamiento de Móstoles y estima la pretensión de la actora (*dominus soli*) relativa a la declaración de su dominio y recuperación de los terrenos invadidos. Concretamente, el Tribunal Supremo aprecia vía de hecho en la ocupación y edificación llevada por el Ayuntamiento sobre el terreno de la parte actora, al tratarse de “una actividad administrativa material, ajena a un auténtico acto administrativo y sin la fuerza legitimadora de dicho acto” y en aras de la actuación administrativa calificada de “grosera y temeraria” “al estar los linderos de la finca de los actores claramente definidos en el proyecto inicial de obra”, condena a que cese dicha ocupación ilegal y se restituya la finca a su original estado.

A *sensu contrario* no habría mala fe cuando se realice la construcción con anterioridad al conocimiento de que la finca es propiedad ajena o de la falta de título, como lo

⁶⁹⁶De especial interés el comentario efectuado por NAVARRO CASTRO, M., “STS de 18 de mayo de 1994. Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción. Tradición instrumental de pisos por construir”, en *CCJC*, N° 36, 1994, págs. 1043 y ss.

⁶⁹⁷También se aprecia la mala fe edificatoria y aplica el artículo 362 C.c. en un supuesto de resolución por incumplimiento de contrato de cesión de suelo a cambio de edificación futura. En tal caso el Tribunal Supremo considera edificante de mala fe al constructor que edifica sin contar con la necesaria solvencia para hacer frente ni siquiera a los primeros costes de obra, como las tasas de la licencia municipal. El Tribunal Supremo entiende que está sobradamente acreditado que emprendieron una obra que excedía con creces de sus posibilidades y que además eran conscientes de ello. PLANA ARNALDOS, M^a. C., “STS de 17 de septiembre de 2003: Contrato de cesión de suelo a cambio de edificación. Resolución del contrato. Restitución: aplicación de las normas de accesión”, en *CCJC*, N° 65, 2004, pág. 686.

considera la STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3842) cuando afirma: “resulta hecho notorio que el estanque fue levantado con anterioridad al procedimiento de menor cuantía de deslinde, es decir, cuando las fincas no habían sido objeto de delimitación judicial y ambos litigantes consideraban ser los propietarios del bien disputado (art. 1950 y 7 C.c.), por lo que la sentencia del Juzgado con toda corrección no aplicó el artículo 362, sino el 361C.c. (edificación de buena fe) en loable sentido de justicia y teniendo en cuenta ponderadas razones de economía procesal”.

Para que proceda la apreciación de la mala fe del artículo 362 C.c., es preciso, aunque resulte obvio, que el inmueble sea propiedad ajena al constructor en el momento de la edificación. Así lo exige Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 1983 (RJ 1983/2129) que rechaza la aplicación del artículo 362 C.c. respecto al constructor que edificó en terreno aún propio, después de haber suscrito documento privado de compraventa, y quedar obligado a su entrega a quien lo había comprado y pagado, con el siguiente razonamiento: “la Sala de instancia aplica el art. 362 C.c. para atribuir la propiedad de lo edificado sobre el terreno discutido al comprador apoyándose en la mala fe que estima probada del vendedor; . . . es evidente también que en el supuesto debatido no existe dominio acreditado del terreno sobre el que se edifica a favor del comprador, terreno que según hecho admitido por ambas partes no le fue aun entregado, por lo que únicamente ostenta sobre él un título obligacional insuficiente para transmitir el dominio, en cuanto esta Sala ha declarado con reiteración —SS. entre otras de 25 abril 1949 (RJ 1949/568), 17 marzo 1962 (RJ 1962/1445) y 14 junio 1966 (RJ 1966/3104)— que la constancia en documento privado de un contrato de compraventa no transfiere por sí sólo el dominio, si no se justifica la tradición de la cosa vendida; b) no justificado, por lo tanto, el dominio a través de los requisitos que el Código civil exige, consistentes en esencia, según los arts. 1095 y 609, en la existencia del contrato traslativo y en la entrega de la cosa, no puede el demandante, actual recurrido, instar la aplicación del art. 362 del citado cuerpo legal ante una cosa que a la sazón no era ajena al edificante, ya que, como también declaró esta Sala —S. de 4 julio 1925—, para dar nacimiento al derecho de accesión debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, presupuesto fundamental que no concurre en el caso debatido, por lo que, si bien han de aceptarse las consecuencias jurídicas del contrato de compraventa cumplido por el comprador, en cuanto a su derecho a que le sea entregada la cosa que fue su objeto, no puede llegarse a la conclusión de que también le pertenezca lo edificado en el suelo adquirido y que aún no le ha sido entregado, ni ostenta sobre él un derecho real de dominio”.

Relacionado con lo anterior está la determinación del momento en el que el constructor en terreno ajeno puede ser considerado como edificante de mala fe. Entendemos que la concurrencia de la mala fe edificatoria, ha de ser valorada en el momento mismo de la incorporación. Por lo que si el conocimiento de la ajenidad del suelo o de la falta de título sobreviene⁶⁹⁸ mientras se esté realizando la construcción comenzada de buena fe, el edificante deberá suspender los trabajos constructivos y provocar inmediatamente

⁶⁹⁸LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 141. Idéntica postura defiende FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3065.

la opción del artículo 361 C.c. por el *dominus soli*. En caso de no hacerlo, y continuar con la edificación, su actuación será considerada como edificación de mala fe y se aplicarán los artículos 362 y 363 C.c., salvo que el *dominus soli* tuviera conocimiento de la misma, desarrollándose su ejecución “a su vista ciencia y paciencia, sin oponerse”, lo que provocaría la entrada en juego del artículo 364 C.c. con su compensación recíproca de la mala fe y la consiguiente remisión a la opción del artículo 361 C.c., como si ambos actuaran de buena fe, pero sólo a los efectos de la accesión. En este sentido, la STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126) que consideró la concurrencia de mala fe edificatoria porque los constructores persistieron en su actuación constructiva “a pesar de la oposición constante del dueño del predio invadido, que fue manifestada: primero mediante un requerimiento notarial, seguido después de dos procedimientos judiciales: un juicio de obra nueva y finalmente un procedimiento de deslinde”.

En cuanto a la apreciación de la mala fe, la doctrina mayoritaria⁶⁹⁹ coincide en afirmar que la mala fe edificatoria concierne única y exclusivamente a quien realiza la incorporación en suelo *nomine proprio*⁷⁰⁰, no a terceros. Tal afirmación, sin embargo, nos lleva a plantearnos varias cuestiones sobre dos hipótesis diferenciadas: En primer lugar, debemos preguntarnos si la mala fe es transmisible a quien simplemente ejecuta materialmente la edificación, por encargo del dueño de los materiales como mero intermediario en la construcción, (contratista o un gestor ajeno por mandato) vinculado con la persona que le encarga la obra en virtud de relación obligatoria, o incluso, si pudiera darse el supuesto a la inversa, para el caso de que fuera el contratista o gestor quien actuara de mala fe. Hipótesis, esta última, realmente poco o nada probable, porque ¿qué interés pudiera tener el “constructor por encargo”⁷⁰¹ en construir en terreno distinto? Entendemos que la mala fe del ordenante de la construcción “auténtico cerebro gris o autor espiritual de la accesión”⁷⁰², le hará responsable de igual forma que si él mismo llevase a cabo⁷⁰³ los actos ejecutados por el tercero interpuesto. Y en el hipotético caso de mala fe en el ejecutor directo de la obra, su mala fe propia no repercutirá en el ordenante, y será responsable de los daños causados por su actuar, salvo que se quisiera hacer recaer en el ordenante una especie de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pero en tal caso la responsabilidad indemnizatoria lo será con fundamento legal diverso a las normas de la accesión (cfr. Arts. 1725 y 1726, o el 1596 C.c.).

La segunda hipótesis donde se plantea el interrogante sobre la posible transmisión de la mala fe, es en el caso de que existan terceros subadquirentes, máxime cuando éstos tengan la consideración de terceros hipotecarios. La STS de 12 de abril de 1980 (RJ 1980/1414) en su Considerando 15^a, afirma que los artículos 362 y 363 son ineficaces frente a tercero hipotecario, aunque el constructor-vendedor sea de mala fe “ya que la figura de la accesión que estos preceptos contemplan parten del indeclinable presupuesto de que sus efectos se proyecten con relación al edificante (en caso

⁶⁹⁹FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3065. RUIZ-RICO y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3937.

⁷⁰⁰DÍEZ PICAZO, op. cit. pág. 298.

⁷⁰¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 205.

⁷⁰²ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 5.

⁷⁰³MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., pág. 318, considera que si el dueño de los materiales permite u ordena a un tercero que los incorpore a un predio cuyo dominio le consta que no le pertenece.

como el presente de afectar a edificación) y que además haya actuado de mala fe, pero no con alcance a adquirentes con carácter de terceros hipotecarios protegidos, y en consecuencia con aspecto de buena fe inherente”.

En idéntico sentido, la SAP de Cádiz de 28 de abril de 2003 (AC 2003/2057), que considera la mala fe del constructor intransmisible al comprador del edificio porque no es “ni lógico, ni proporcional, ni equitativo”, y porque “es absurdo”, concluye que “la supuesta mala fe de la constructora en nada es útil para el actor (*dominus soli*) desde la perspectiva de la viabilidad de la acción de demolición por él intentada. Su mala fe, insistimos que presunta, no se transmite sin más a los sucesivos adquirentes por la simple transmisión de la propiedad. Por el contrario, a falta de prueba en contrario, a los compradores se les presume la buena fe y al adquirir a título oneroso de quien ostenta en el Registro facultades para ello y haber inscrito, a su vez, su derecho, adquieren en condiciones de irrevindicabilidad lo que compraron como cuerpo cierto, de tal forma que serían inmunes al ejercicio, estimamos que imposible, de la acción de demolición del art. 362 del Código Civil”. Sin embargo, entendemos poco probable la aplicación del artículo 34 de la LH⁷⁰⁴ en materia de accesión por la sencilla razón que tal precepto viene referido a quien adquiere “a non domino” pero confiando en que el vendedor aparece como *verus dominus* en el Registro de la Propiedad, y porque, fundamentalmente, en el supuesto analizado de construcción en suelo ajeno con materiales propios de mala fe, el edificante-vendedor no habrá podido inscribir su dominio sobre la obra ejecutada, no aparecerá como titular registral del *solum*; pues, sencillamente, se lo impedirá la exigencia de tracto sucesivo ex artículo 20 de la LH.

En nuestra doctrina, NÚÑEZ BOLUDA⁷⁰⁵ defiende la transmisión de los efectos de la buena o mala fe de las partes en litigio a sus causahabientes. Así, el adquirente en caso de edificación de buena fe, podría cobrar la indemnización que el dueño del terreno debiera satisfacer, de haber optado por la primera de las opciones del artículo 361 C.c. Y para el caso de que adquiriera *mortis causa* edificio construido de mala fe, habrá de soportar la demolición sin poder reclamar nada al *dominus soli*. Esgrime como razón de su posición que “los adquirentes no pueden recibir de sus transmitentes nada más que el derecho que éstos tienen”, de lo contrario, bastaría una simple transmisión a tercero de la edificación para, de un modo fraudulento, eludir las consecuencias de la mala fe edificatoria (en tal sentido la STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012)⁷⁰⁶. El tercero adquirente de la obra, que por accesión resulta ajena, le podría exigir al edificante la responsabilidad pertinente, esto es, la restitución del precio pagado ex artículo

⁷⁰⁴La STS de 5 de julio de 1966, citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit. pág. 207, advirtió que la buena o mala fe del artículo 361 y ss. del Código civil, es diversa de la del artículo 34 LH, pudiendo ser, como sucedió en el caso de autos (construcción hecha por la compradora de terreno, que resultó resuelta por ejercicio de retracto) que haya mala fe ex artículo 34 LH, y buena fe ex artículo 361 del Código civil.

⁷⁰⁵NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 140.

⁷⁰⁶La STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), consideró de mala fe a la Administración que tenía conocimiento de las obras que realizaba un cesionario de un local sótano, ampliándolo, porque no se opuso; y esa mala fe se transmite a los adquirentes y “entenderlo de otra forma facilitaría el fraude, evitando las consecuencias de la mala fe con una simple transmisión”.

1303 C.c. y ss., como mínimo, anulándose la compraventa por falta de legitimación, amén de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

En cualquier caso, la mala fe no se presume nunca y habrá de ser demostrada por quien la alegue, a él corresponderá la carga de la prueba, aunque debemos recordar que la determinación de si al edificar se actuó de buena o mala fe, es una cuestión de hecho, reservada a la soberana decisión de los Tribunales de instancia. (SSTS de 27 de enero de 2000 [RJ 2000/126], 4 de octubre de 1996 [RJ 1996/7037], 29 de abril 1986 [RJ 1986/2039], 30 de noviembre de 1981 [RJ 1981/4682])

4.3.2. La facultad del *dominus soli* para consolidar la accesión o para impedirla

En la hipótesis regulada en los artículos 362 y 363 C.c., se permite al propietario consolidar los efectos de la accesión, quedándose con la edificación (*superficies solo cedit*), sin tener que abonar indemnización alguna al edificante de mala fe, o se le faculta a exigir la reposición de las cosas a su prístino estado, exigiendo la demolición de la edificación a costa del edificante⁷⁰⁷.

Una vez tomada tal decisión, ha de ser puesta en conocimiento del edificante, ya sea expresamente o de un modo tácito, esto es, a través de actos concluyentes que permitan deducir cual es la voluntad del *dominus soli*. Aunque LACRUZ⁷⁰⁸ y BERCOVITZ ÁLVAREZ⁷⁰⁹ entienden lo contrario, para ellos no es necesaria tal comunicación, y citan en apoyo de su postura la STS de 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759), de cuyo análisis se desprende que el actor ejercita una acción reivindicatoria contra el edificante, con lo que deja patente que se ha decantado por consolidar los efectos adquisitivos y ha desechado el recurso a la facultad de demolición. Y es que como afirma NÚÑEZ BOLUDA⁷¹⁰, si el edificante se encuentra en posesión de la finca, resultará necesario requerirle para que desaloje o incluso proceder judicialmente para exigir la demolición y la restitución de la finca a su estado original, o para interesar la entrega de la posesión, aceptando las consecuencias de la accesión.

⁷⁰⁷ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 387.

⁷⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 141.

⁷⁰⁹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: «Comentario a los artículos 362 y 363 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 516, niega la esta segunda opción del *dominus soli*, para el caso de edificante en suelo ajeno con materiales propios y con mala fe, concretamente, ha dicho que el artículo 362 C.c. contienen una regla de adquisición automática, no supeditada a opción ninguna. Como se ha podido comprobar a lo largo de esta tesis, defendemos la automaticidad de la accesión pero el *dominus soli* puede rechazar la misma y en este caso interesar la demolición. Quienes defienden la postura de BERCOVITZ ÁLVAREZ citan una sentencia del Tribunal Supremo, la de 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759), pero si analizamos la misma, pronto se advierte que el actor y propietario del terreno ejercita una acción reivindicatoria, por lo que queda patente su opción que es adquirir la propiedad y desecha la opción que le confiere el artículo 363 C.c.

⁷¹⁰ NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 175. En términos similares CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 238. Nota. 135, con apoyo en la STS de 17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728), y ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 387 y ss.

Sentado lo anterior, en caso de que el *dominus soli* no ejercite la facultad de demolición, quedaría consumada la accesión, sin que proceda indemnización alguna para el edificante⁷¹¹. De ahí, que la primera duda que se suscita es la de decidir cómo debe ser entendida la negativa a la indemnización prevista en el artículo 362 C.c., esto es, debemos preguntarnos si la intención del legislador fue la de imponer a modo de pena o castigo la pérdida de absolutamente todo.

El tenor literal del artículo 362 C.c. parece abonar esta idea, de modo que, el propietario del *solum* podría hacer propia la edificación sin satisfacer indemnización alguna por ningún concepto. Sin embargo, el artículo 453 C.c. ordena que los gastos necesarios se abonen a todo poseedor, aunque sólo el de buena fe tiene derecho a retener la cosa hasta que se le paguen. Parece existir cierta contradicción entre ambos preceptos, lo que plantea de nuevo la duda respecto a la unidad, como un solo bloque normativo, o la total independencia entre las normas de la accesión y las que disciplinan la posesión. Si son un único bloque normativo lo dispuesto en el artículo 453 se deberá aplicar al edificante y cobrará los gastos necesarios. Si son dos bloques normativos independientes, el artículo 453 C.c. solamente se aplicará cuando las normas de la accesión expresamente así lo dispongan, como es el caso previsto en el artículo 361 C.c. con su remisión expresa al referido precepto; y, por ende, no debería tener aplicación en otros casos de accesión como el previsto en el artículo 362 C.c.

Nuestra doctrina ha abordado la cuestión de modo diverso. De un lado, nos encontramos con la negativa tajante de indemnización defendida por autores como, DE BUEN⁷¹² que con cita de la STS de 8 de marzo de 1898, declara que “por el artículo 362 C.c., el que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización y que, por lo tanto, negando tal indemnización a los detentadores no se infringen los artículos 1554 y 1555 C.c.”. También, DÍEZ PICAZO⁷¹³ y BASOZABAL ARRUE⁷¹⁴, para los que al ser un acto objetivamente ilícito, no hay razón alguna para indemnizar o reembolsar.

De otro lado, la postura en pro de la indemnización la mantienen autores como MANRESA⁷¹⁵, que aunque comienza su exposición de ideas con cita de la postura contraria adoptada por el “prestigioso comentarista” (NAVARRO AMANDI), según el cual, al edificante de mala fe “ni aun le concede la ley a aquel el derecho de cobrar los gastos necesarios que hubiese hecho para la conservación del predio, en unos casos, para la producción de los frutos en otros. Todo lo pierde en justo castigo a su mala fe”, finalmente concluye, que lo que pierde el edificante de mala fe, en justo castigo, es lo que hubiere gastado en edificar, y sí se le deben abonar los gastos necesarios que hubiere tenido que hacer para la conservación de la finca.

⁷¹¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 165.

⁷¹²DE BUEN, D., en sus notas a *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, T.II, edit. Reus, Madrid, 1923, pág. 977.

⁷¹³DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 307 y 308. BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1498.

⁷¹⁴BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., págs. 1496 y ss.

⁷¹⁵MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 198. También SCAEVOLA se opone a la postura que mantiene FALCÓN, que rechaza todo derecho a reintegro, op. cit., pág. 317.

También, CARRASCO PERERA⁷¹⁶ defiende la concesión al edificante con mala fe edificatoria de una cierta compensación económica para resarcir y restituir lo empleado en gasto útil. Su postura la fundamenta y justifica, por un lado, en la idea de que en nuestro Derecho no existe la presunción de donación del edificante que existió en Derecho romano (*si ver, mala fide faciens, in alieno solo contra domini voluntatem aedificat, animus donandi videtur habere*) y, por otro, recurre a la figura de la gestión de negocios ajenos. Figura que en la construcción de buena fe no podría darse porque institucionalmente resulta imposible que quien cree edificar en terreno propio o con legitimación, actúe *animo aliena negotia gerendi*. Pero que sí considera posible en el caso de que el constructor lo haga de mala fe, porque “desde el momento en que se admite que la mala fe no es un concepto ético, sino psicológico (la conciencia de la ajenezidad del terreno en que se construya), no existe, en efecto, obstáculo alguno para conciliar la mala fe posesoria con el *animus aliena negotia gerendi*”. Defiende que el edificante-poseedor exija el reembolso previsto en el artículo 1893 C.c., para el caso de que pese a su mala fe, acredite y pruebe el ánimo de gestionar los intereses del propietario y que esa gestión le resultó ventajosa. Extremo que se podrá probar con más o menos dificultad, quedando reducida la polémica a una mera cuestión de hecho. No obstante lo anterior, considero que esta solución no es la más adecuada, porque para poder ser definido quien lleva a cabo la obra en terreno ajeno, como constructor o edificante a efectos de la accesión, debe realizar la construcción *nomine proprio*, esto es, en su propia utilidad, aunque no la haya llevado a cabo materialmente, pero toma la decisión y realiza los gastos e inversiones necesarias para ello. Por lo tanto, si tiene el ánimo de gestionar un patrimonio ajeno, el del *dominus soli*, ya no actuaría para sí, sino para otro. Ya no entraría en el concepto de edificante en suelo ajeno, no le serían aplicables los artículos 361 y ss. C.c. con independencia de su buena o mala fe. A lo sumo, podría entrar en el “por otro” del artículo 360 C.c., en su variante de actuación *contemplatio domini*, como ya se analizó.

En la línea de pensamiento que defendemos, encontramos a ALONSO PÉREZ⁷¹⁷ y SÁNZ FERNÁNDEZ⁷¹⁸. El primero de ellos entiende que tras adquirir el propietario del suelo lo edificado por accesión, es posible que el incorporante realice gastos para su conservación “y tales gastos son siempre abonables por imperativo legal (art. 453, apartado 1º, inciso 1º, C.c)”. Completando lo anterior, SÁNZ FERNÁNDEZ sostiene que la indemnización que se niega es la de los gastos hechos para la edificación. Más, debe tenerse en cuenta que una vez ejecutado el edificio y perteneciendo éste al *dominus soli*, desde el mismo momento de la incorporación indisoluble al suelo, es muy probable que el edificante continúe en posesión del edificio y deba realizar gastos para su conservación, gastos de carácter necesario, que sí deberán ser indemnizados de conformidad al párrafo primero del artículo 453 C.c. De tal modo que, vista así la indemnización, será, absolutamente compatible con el artículo 362 C.c., evitando cualquier tipo de choque o contradicción entre ambos preceptos.

⁷¹⁶CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 155, 340 y 341.

⁷¹⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 388.

⁷¹⁸SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 165 y 166.

No parece, por tanto, defendible que en el Código civil existan dos bloques absolutamente diferenciados, en compartimentos estancos⁷¹⁹, pero tampoco una equiparación absoluta entre ambos. El Código civil es uno y entre sus normas debe producirse una comunicación adecuada. A nuestro juicio, las normas de la accesión no son absolutamente incompatibles con las normas reguladoras de cada institución, lo que ocurre es que *lex specialis derogat legi generali*⁷²⁰. El *dominus soli* cumple con estar a lo que establezcan las normas específicas y lo que no debe abonar, por ejemplo, al arrendatario como mejora, no puede serle exigido por un tercero con el que no le liga ninguna relación⁷²¹. Además, como ya dijo DÍEZ PICAZO⁷²², puede haber construcciones que no son en sentido estricto mejoras, por no ser necesarias o por no redundar una directa utilidad, y hay mejoras que no significan directa incorporación o accesión, y por tanto, respecto a las cuales se admite el *ius tollendi* por quien las introdujo. En definitiva, parece que las normas sobre el régimen jurídico de las mejoras aparecen, sobre todo, como criterios para resolver el problema del gasto, más que el destino final de la obra, mientras que las normas de la accesión, resuelven este último problema, el jurídico real.

Así las cosas, el que de mala fe ocupa una finca ajena y construye en ella un edificio *ex novo*, es claramente un edificante de mala fe, a quien se deberá aplicar el artículo 362 C.c. Perderá lo edificado como sanción al haber actuado a sabiendas de que no lo podía hacer⁷²³. Pero, el que de mala fe ocupa una finca ajena y se limita a realizar en ella obras necesarias, de mera conservación o reparación, como colocar tres tejas rotas o poner fin a una gotera, es evidente que no se le podrá calificar de edificante en terreno ajeno y le serán de aplicación los artículos 453 y 455 C.c., con derecho, por tanto, al abono de tales gastos necesarios. Ahora bien, si el que realiza una edificación con mala fe, entendida como obra cualificada o *ex novo*, en tanto el *dominus soli* no tome una decisión, y debido a que la adquisición de la propiedad se produce desde

⁷¹⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 178.

⁷²⁰se entenderá que, las reglas del Código civil sobre accesión no son aplicables cuando quien construye por sí o por otro a su cargo es arrendatario, usufructuario, fiduciario, habitacionista, enfiteuta, superficiario... quienes, aunque poseedores, no son terceros desvinculados del *dominus soli*, y cuentan con su propio régimen legal especial (cfr. artículos 487, 488, 1573 del Código civil, 23 LAU, 47 y ss. de la LAR, artículo 783 del Código civil...), o pactado (vgr., el arrendamiento *ad aedificandum*). CLEMENTE MEORO, M.E., "Comentario al artículo 487 C.c.", *Comentarios al Código civil*, T. III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 3923 y ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 174, nota. 15

⁷²¹BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1483, considera que la causa de la adquisición descansa en la regulación de la relación que liga al propietario del suelo con quién incorporó el material ajeno. Esta atribución a favor del *dominus soli* (por ejemplo, la mejora incorporada por el arrendatario) no es gratuita; simplemente ha sido realizada con el riesgo asumido (o debido asumir) de quedar en favor de un patrimonio ajeno.

⁷²²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298.

⁷²³Queda resuelto el problema adquisitivo por la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, pero, en tanto en cuanto, el *dominus soli* no recupere la posesión, es posible que el edificante realice sobre la nueva edificación gastos necesarios que sí deberán serle abonados de conformidad con el párrafo primero del artículo 453. En sintonía con las ideas expuestas por ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 387 y ss. También, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 165 y 166.

la unión inseparable, puede verse en la necesidad de acometer obras de reparación o realizar gastos necesarios de mera conservación de la edificación o del resto de la finca, pues éstos, sí le serán abonados de conformidad con el régimen de las expensas, pero no por accesión⁷²⁴.

Si el *dominus soli* exige la demolición de la obra con la reposición de las cosas a su primitivo estado, tal y como previene el artículo 363 C.c., resulta evidente, que tal opción sólo es posible exigirla y llevarla a cabo si la edificación es una edificación cualificada, de cierta entidad o *ex novo*, siendo imposible su aplicación si de una obra de mera reparación o conservación de elementos físicos existentes se tratase.

En cuanto a los gastos de la demolición, serán de cuenta del edificante, y parece que, aunque es cuestión dudosa al no prevenirlo expresamente el Código civil, a diferencia de otros preceptos en sede de accesión (artículo 360 C.c.), también deberá aquél reparar los daños y perjuicios que por su conducta dolosa o gravemente culposa se hayan irrogado al propietario del suelo. Así lo defiende la doctrina más prestigiosa (SÁNZ FERNÁNDEZ⁷²⁵, ALBALADEJO⁷²⁶, GULLÓN BALLESTEROS⁷²⁷, ALONSO PÉREZ⁷²⁸, LACRUZ BERDEJO⁷²⁹), porque el edificante comete un acto ilícito al invalidar conscientemente la propiedad ajena, luego los daños y perjuicios que deriven de su actuación deberán ser por él reparados.

Este silencio del Código civil, sin embargo, contrasta con la previsión expresa que de la reparación de los daños y perjuicios causados hacen otros cuerpos normativos⁷³⁰. Así, el artículo 555 del Code⁷³¹, el artículo 936 párrafo tercero del Codice, y el Código civil Catalán, concretamente, el legislador catalán en el artículo 542-11.1 del Libro V del Código civil catalán prevé, para el caso de mala fe edificatoria, la pérdida de lo edificado y la obligación de indemnizar⁷³² por aquél que construye a sabiendas, o

⁷²⁴NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 181, se plantea la posibilidad de que se le abonen al edificante de mala fe las expensas de puro lujo o voluptuarias. Entendemos innecesario volver a desarrollar tal cuestión analizada al detalle en el análisis del supuesto de hecho contemplado en el artículo 361 C.c. En todo caso, el *dominus soli* no estará obligado a pagar ni la edificación, que entendemos se trata de una mejora útil, ni los objetos suntuarios. Si son separables no ha habido accesión y por tanto su propietario podrá retirarlos, si opta por no llevárselos el propietario del suelo se los podrá quedar pero no por accesión sino por ocupación, y si no son separables, en base al principio *superficies solo cedit*, serán propiedad del *dominus soli* y no tendrá que pagarlos.

⁷²⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 166.

⁷²⁶ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, págs. 289 y 290.

⁷²⁷GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 230 y 231.

⁷²⁸ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág.388.

⁷²⁹LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 141.

⁷³⁰También el Código civil de Venezuela, en su artículo 557.1, establece: "... en caso de mala fe, el propietario puede optar por pedir la destrucción de la obra y hacer que el ejecutor de ella deje el fundo en sus condiciones primitivas y le repare los daños y perjuicios".

⁷³¹VUILLAUME, MF., *Commentaire analytique du Code Napoléon renfermant les principes généraux du droit*, Paris, 1856, págs. 147 y 148.

⁷³²El artículo 10. 1 de la Ley Catalana 25/2001, de 31 de diciembre, de Accesión y Ocupación, señalaba que cuando se construye en terreno ajeno de mala fe, el constructor pierde a favor del propietario del suelo la construcción y debe indemnizarle por los daños y perjuicios causados. No hacía referencia tampoco a la demolición de lo construido. Sólo permitía al propietario del suelo interesar la demolición

debiendo saber por error inexcusable, que el terreno es ajeno. Sin embargo, en caso de construcción extralimitada, sólo prevé la opción de demoler, de modo análogo al BGB alemán § 1004. Omisión suplida por la regulación que en tales ordenamientos se confiere a la acción negatoria (artículos 544-4 a 544-7 C.c.c.)⁷³³, cuyo objeto es la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosa al *statu quo ante*⁷³⁴.

Resulta también dudoso, habida cuenta que los gastos de demolición y de reposición son a cargo del edificante, si el *dominus soli* puede proceder a la demolición por sí, o si, simplemente, se le otorga la facultad de exigir que el edificante lo haga a su costa. Cuestión que lleva aparejada necesariamente otra, referida a quién debe aprovechar lo demolido. Entendemos que nos encontramos ante un supuesto similar al previsto en los artículos 1098 y 1099 C.c.⁷³⁵, se trata, en definitiva de la aplicación del artículo 1902 C.c., luego si el edificante ha hecho lo que no debía hacer, deberá deshacer lo mal hecho, y si no lo hiciera de forma voluntaria podrá llevarse a cabo por el propietario del suelo pero a costa de aquél. Sin embargo, la doctrina ha abordado la cuestión desde otra perspectiva. De un lado, SACAEVOLA⁷³⁶ y SÁNZ FERNÁNDEZ⁷³⁷, dan cabida a la posibilidad de que el edificante proceda por sí mismo al derribo, como tácita expresión de que ha optado por hacer suyo el edificio y, posteriormente en calidad de propietario, acomete su derribo. En consecuencia, de ser así, no podrá *a posteriori* reclamar del edificante los gastos de la demolición y serán suyos los materiales⁷³⁸, pues suyo era el edificio por accesión. MANRESA⁷³⁹ y ALONSO PÉREZ⁷⁴⁰, observan que el propietario no puede proceder por sí mismo a derribar el edificio “sin contar para nada con el edificante”, pues el artículo emplea la expresión “puede exigir”, que a lo único que legitima es a tomar la decisión de optar por el derribo y a poner tal extremo en conocimiento del edificante para que la ejecute, si es que desea mantener los derechos que el artículo 363 C.c. le confiere⁷⁴¹. Más, la exigencia o pretensión de demolición

si de construcción extralimitada se trataba.

⁷³³Hasta el 1 de julio del año 2006, la regulación de la acción negatoria se contenía en los artículos 1 a 3 de la Lei 13/1990, de 9 de julio de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad.

⁷³⁴MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 186.

⁷³⁵VERDERA SERVER, R., “Comentario a los artículos 1098 y 1099 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 8040 y ss.

⁷³⁶SCAEVOLA, op. cit., pág. 319.

⁷³⁷SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 168.

⁷³⁸LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1023, y BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Comentario...» cit., pág. 517, consideran que en aun optando por la demolición, la propiedad de los materiales corresponderá al *dominus soli* porque desde la unión hay adquisición de la propiedad por accesión. En contra CARRASCO PÉRERA, op. cit., pág. 238 y ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 364 y 365, defensor de la teoría del “dominium dormiens” y de la revivificación de la propiedad de los materiales para el caso de construcción en terreno propio con materiales ajenos.

⁷³⁹MANRESA Y NAVARRO, op. cit., págs. 201 y 202.

⁷⁴⁰ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 390.

⁷⁴¹Exige, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 390, la notificación al edificante de la decisión adoptada respecto a la construcción, aunque matiza tal conclusión para el caso de que el *dominus soli* opte por consolidar la accesión, porque si decide hacer uso de la construcción, en caso de que la

que implica el rechazo de la accesión, supondrá, desde esta óptica, la atribución de la propiedad de los materiales derruidos al incorporante, *en justa compensación por los daños y menoscabos que la demolición le ocasiona y la pérdida de la construcción llevada a cabo* “*cuius damnus eius commoda*”⁷⁴², *con la posibilidad jurídica, además, para el propietario del solum de reclamar por todos los daños y perjuicios que le haya ocasionado la conducta del edificante por, entre otras causas, la retirada de los materiales*⁷⁴³.

Se plantea, también la doctrina, el problema de si las dos alternativas, accesión o demolición, quedan a completa elección del propietario del suelo como mera disyuntiva, o la demolición se limita únicamente a los casos en los que la edificación le sea perjudicial al propietario del suelo, o no se perjudiquen otros intereses en juego.

Es en este último sentido en el que parece avanzar el Tribunal Supremo, y otros cuerpos normativos. Así, en la STS de 3 de abril de 1992 (RJ 1992/2936), califica de “rigurosa medida” la demolición de lo edificado invadiendo el suelo o el vuelo ajeno, y concluye que “solamente puede decretarse en el supuesto de que aparezca probada la mala fe del edificante”. Más explícita resulta la STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126)⁷⁴⁴, que considera la demolición como un “considerable perjuicio económico”, por lo que evita la aplicación del artículo 363 C.c., y da opción a la compra del terreno invadido. Respuesta parecida la encontramos en otras sedes, como el artículo 542-11. 2º “in fine” C.c.c., donde se prevé expresamente, que “la facultad de exigir el derribo decae si causa un perjuicio desproporcionado a los constructores según las circunstancias específicas del caso apreciadas por el tribunal”⁷⁴⁵.

posesión no esté en poder del edificante, es porque habrá optado por la primera de las opciones. Sólo en el caso de demolición será preciso manifestar expresamente esa pretensión al incorporante.

⁷⁴²MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 202, considera que cuando el propietario del terreno no desea lo edificado, su voluntad se manifiesta oponiéndose a que la accesión se verifique, y no verificada la accesión, no hace suyo lo que accesorio se reputa.

⁷⁴³En esta línea CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 238, considera que los materiales resultantes del derribo son del edificante porque el propietario del suelo nunca adquirió tras la incorporación la propiedad de los materiales por accesión. Recordad que para este autor sólo se adquiere por accesión lo que se paga por accesión.

⁷⁴⁴Realmente estamos ante un supuesto de accesión invertida, pero al conocer la ajenidad del terreno debería haberse acordado la demolición, sin embargo, se esgrime como argumento para impedir la misma la pérdida de riqueza, el perjuicio económico que provocaría esta opción y se permite la compra del terreno por el constructor que se extralimita.

⁷⁴⁵En Italia en los supuestos de edificación de mala fe o con culpa grave se prevé el artículo 936 del Codice vigente, que la demolición no puede ser demandada una vez transcurridos seis meses, a contar desde el día en el cual el propietario ha tenido noticia de la incorporación. MONTEL, A., VOZ “Accessione (Diritto Romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Ernesto Eula y Antonio Azara, Torino, 1957, págs. 134. Advierte este autor que en tales preceptos se da prevalencia a los intereses sociales (interés general) sobre los intereses particulares en colisión, se niega en caso de construcción la separación cuando pueda ésta acarrear serios daños al edificio u obra construida, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad por daños en caso de mala fe o culpa grave del constructor. La inseparabilidad por razones de protección del interés general y de seguridad jurídica también se advirtió oficialmente, por su Relazione, en la tramitación del Código italiano de 1942, en relación al plazo de seis meses establecido para el ejercicio de la acción de reivindicación, a contar desde el día en que el propietario de los materiales tenga noticia de la incorporación. Plazo que se fija porque así “si evita in

Respecto a nuestros autores, MANRESA⁷⁴⁶ fue tajante y entendió que el propietario del suelo “es libre de tomar el camino que mejor le plazca”, porque en definitiva el dueño de los materiales no puede alegar por su mala fe, título que le ponga a cubierto de perjuicios que, después de todo, *fueron por él buscados, en cierto modo, a sabiendas*. Sin embargo, desde otro sector doctrinal se defiende lo contrario. ALONSO PÉREZ⁷⁴⁷ apunta que la demolición, aunque es solución válida desde el punto de vista legal, no puede admitirse en nuestros días, básicamente porque la construcción crea riqueza social⁷⁴⁸. Sólo la entiende posible para el caso de que el valor del suelo sea superior al de la construcción realizada. En caso inverso, la demolición debe estar vetada porque destruye riqueza social y ello no es conforme con el sentido limitado o relativo de la propiedad en nuestros días⁷⁴⁹. Desde esta óptica, en caso de mala fe edificatoria, el *dominus soli* debería aceptar, prioritariamente, la adquisición de la propiedad por accesión (*superficies solo cedit*) y sólo cuando el valor de lo incorporado sea inferior al del suelo, o la edificación quebrante los intereses económicos o morales del propietario del suelo, aun cuando su valor sea en este caso superior, podrá ejercitar la facultad de la demolición.

En una posición menos extremista encontramos autores como BERCOVITZ ÁLVAREZ⁷⁵⁰, BASOZABAL ARRUE⁷⁵¹ o MEDINA DE LEMUS⁷⁵², que tachan las anteriores de excesivas, ya que si bien el legislador puede, por un procedimiento legislativo o expropiatorio, definir la función social de determinados bienes, no puede tolerarse, en cambio, que un particular, de mala fe y contra todo derecho, imponga a otro el destino económico de sus bienes⁷⁵³. En tal sentido, cualquier interés que tenga el propietario del suelo (económico, afectivo, estético, vital) es legítimo a la hora de determinar el destino de su propiedad, quedando a salvo los supuestos de abuso de derecho, cuando lo único perseguido sea perjudicar al invasor sin beneficio propio.

En términos parecidos se pronuncia SÁNZ FERNÁNDEZ⁷⁵⁴. Según este autor, el Código concedió tal facultad partiendo de una concepción del dominio como absoluto

tal modo che la titolarità del diritto di proprietà sui materiali rimanga incerta per lungo tempo”.

⁷⁴⁶MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 195.

⁷⁴⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 391.

⁷⁴⁸LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1022, tras exponer las posturas doctrinales de LACRUZ, SÁN FERNÁNDEZ y ALONSO PÉREZ, considera que la literalidad del texto está alejada de la realidad social del tiempo en que vivimos y que tales demoliciones sin una clara utilidad para el propietario “contravendrían abiertamente la idea misma del derecho de propiedad, modulada y configurada institucionalmente por la función social que la misma debe cumplir”.

⁷⁴⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 183, con cita de LACRUZ, y de BARASI, dice que aquél rechaza la postura de éste último, que defiende que el *dominus soli* pueda optar por la demolición, incluso para el caso que no le reporte ninguna ventaja, y no tiene cabida la figura del abuso del derecho al estar permitida por la ley tal posibilidad de demolición. LACRUZ, opone frente a la argumentación de BARASI, que es abusiva la destrucción que sólo persigue perjudicar al incorporante.

⁷⁵⁰BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Comentario...» cit., pág. 517.

⁷⁵¹BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1496.

⁷⁵²MEDINA DE LEMUS, op. cit., pág. 191.

⁷⁵³FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3068.

⁷⁵⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 166.

hoy superada. Para él la opción por demoler significaría la renuncia⁷⁵⁵ a los derechos derivados de la accesión y le sería, por tanto, de aplicación el artículo 4 C.c. (hoy artículo 6.2), y no sería válida cuando contraríe el interés o el orden público o perjudique a terceros⁷⁵⁶.

En cuanto a los plazos de que dispone el *dominus soli* para solicitar la demolición, GARCÍA GOYENA⁷⁵⁷, en sus comentarios relacionó el artículo 406 (actual 363 C.c.), con el artículo 1008⁷⁵⁸ y 1009 que se corresponden con los vigentes 1098 y 1099 C.c. Preceptos que para el caso de que la obligación consista en un no hacer, y su deudor ejecutare aquello que le había sido prohibido, ordenan que se deshaga lo mal hecho. Se configuraría, de este modo, la opción por la destrucción de lo construido con mala fe edificatoria, como una suerte de obligación legal de no hacer, de no construir en suelo ajeno, y en caso de ser quebrantada, el plazo para exigir que se deshaga lo indebidamente ejecutado, será el previsto para las acciones personales en el artículo 1964 del Código civil, hoy de 5 años, tras su reforma por Ley 42/2015 de 5 de octubre de 2015. Y respecto a la posible acción por los daños irrogados, habrá de ser ejercitada en el plazo de un año (artículo 1968. 2º C.c.). Siendo el *dies a quo* para el ejercicio de sendas acciones, aquél en el que tuvo conocimiento del acto ilícito y del daño, el *dominus soli*.

Pero si el dueño acepta los términos de la accesión, sin indemnizar, habrá que distinguir dos posibles situaciones: en primer lugar, si el propietario del suelo no estuviera en posesión de la finca más edificación, tendrá que reclamar su entrega antes de que transcurra el lapso de tiempo preciso para la usucapión extraordinaria por el edificante o incluso por un tercero⁷⁵⁹. Si por el contrario, es el *dominus soli* quien posee la finca con la edificación, no tendrá nada que reclamar como propietario automático de la edificación. Pero podría ocurrir que fuese el constructor el que reclamase una posible indemnización por entender que ha obrado con buena fe edificatoria. En tal caso, será el edificante el que tenga la carga de probar que la edificación la hizo él y a su costa (artículo 359 C.c.), mientras al propietario, le bastará con probar su mala fe edificatoria para conseguir que sea desestimada íntegramente su pretensión y poder continuar en el goce pacífico de la finca, salvo que el edificante logre probar que la obra la hizo con la aquiescencia del *dominus soli*, por ser ejecutada “a su vista, ciencia y paciencia sin oposición”, entrando en juego el artículo 361 C.c. por la remisión, que al mismo hace

⁷⁵⁵Rechazamos que se trate de renuncia porque el artículo prevé una accesión automática y le concede al propietario del suelo la facultad de demoler. No habría renuncia sino ejercicio de la facultad conferida.

⁷⁵⁶En términos parecidos, DORAL y TORRES LANA, op. cit., pág. que de modo menos prolijo se limitan a preguntarse si siempre se puede exigir el derribo y entienden que en definitiva habrá que tener en cuenta “los límites al ejercicio de los derechos”, sin desarrollar más la idea.

⁷⁵⁷GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 363.

⁷⁵⁸Artículo 1008 del Proyecto de 1851: “Si el obligado am prestar algún servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Eso mismo se observará, si lo hiciere contraviniendo en el modo a lo pactado; y podrá además decretarse la destrucción de lo mal hecho” El artículo 1009 del Proyecto continúa: “Lo dispuesto en el artículo anterior, acerca de la destrucción de lo mal hecho, se observará también, cuando el obligado a prestar algún servicio que consista en no hacer alguna cosa, contraviniese a su obligación”.

⁷⁵⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 185.

el artículo 364 C.c. con su compensación de culpas a los solos efectos de la accesión.

4.3.3. Mala fe edificatoria y la facultad del artículo 361 C.c. “*in fine*”

La expresión terminante del Código “pierde lo edificado. . . sin derecho a indemnización”, no ha evitado que muchos de nuestros autores (MANRESA⁷⁶⁰, SÁNCHEZ ROMÁN⁷⁶¹, BONET BONET⁷⁶², SÁNZ FERNÁNDEZ⁷⁶³, LACRUZ BERDEJO⁷⁶⁴) entiendan necesario atenuar la falta absoluta de derechos al constructor de mala fe, concediendo al *dominus soli*, además de la opción de quedarse con lo edificado o exigir a su costa la reposición de las cosas a su antiguo estado, la de obligar al incorporante a comprar el terreno.

Se invoca como razón justificante el argumento “a maiore ad minus”, esto es, no va a tener menos derechos el propietario en caso de mala fe, que los que se le reconocen frente a quien hizo la accesión de buena fe. Tesis, además, acogida por la STS de 20 de mayo de 1977 (RJ (1977/2122) que, sin fundamentar su decisión, se limitó a declarar que ante el silencio de los artículos 362 y 363 C.c., el dueño del suelo puede obligar, si quiere, al edificante de mala fe a pagarle el precio del terreno, por ser opinión dominante en nuestra doctrina científica, y por tanto, merecedora de ser aceptada.

Sin embargo, desde otro sector doctrinal, con razón, se señala que no se trata de que el *dominus soli* tenga más o menos derechos, sino de que tenga unos concretos en un caso y otros en otro. En el supuesto de mala fe edificatoria, la Ley protege totalmente al *dominus soli*, dándole la posibilidad de que se quede gratis lo incorporado al suelo o de que le dejen éste tal cual estaba antes de la incorporación. No se debe admitir, por tanto, que el propietario pueda forzar al edificante a una compra del terreno que no le concede la Ley, pero que además, no es paliativo del perjuicio que le ocasionaron, siendo incluso incongruente con aquél y que le permitiría, como advierte ALONSO PÉREZ⁷⁶⁵, aprovechar la coyuntura para librarse de un terreno de difícil venta. Si bien

⁷⁶⁰MANRESA Y NAVARRO, op. cit., págs. 201 y 202, afirma que “no se encuentra en el Código civil disposición alguna que lo prohíba y como en ese caso queda a salvo en toda su integridad el derecho del propietario del suelo, no creemos que haya de decidirse necesariamente, como hace algún conocido comentarista (NAVARRO AMANDI), que el Código no lo permita, a no ser que aquel se oponga reclamando el cumplimiento de lo que la ley ordena para ese caso”.

⁷⁶¹SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 152 y ss.

⁷⁶²BONET BONET, op. cit., pág. 117.

⁷⁶³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 167, tras reconocer que la generalidad de nuestros autores entienden concedida, al *dominus soli* en caso de mala fe edificatoria, la facultad que le concede el artículo 361 *in fine* C.c., esto es, la posibilidad de imponer la compra forzosa del terreno, por la sencilla razón de que “no ha de tener menos derechos el dueño en caso de mala fe que los que tiene en el caso de buena fe”, reconoce a continuación que lo acepta por la “autoridad de los que sostienen esta tesis y su constancia en la doctrina. . . aunque confieso que no consigo ver muy claro su fundamento”.

⁷⁶⁴LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 141.

⁷⁶⁵ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 5. También ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 290.

puntualizamos, que las facultades establecidas legalmente no son absolutas (*ius cogens*)⁷⁶⁶, de modo que si las partes en conflicto prefieren acordar la venta del terreno, no podrá negársele tal posibilidad, pero estaríamos fuera del marco de la accesión y dentro del campo convencional⁷⁶⁷.

También, merece ser expuesta la postura de CARRASCO PERERA⁷⁶⁸. Para este autor imponer al edificante de mala fe la compra del terreno sería muy fácil, bastaría con que el *dominus soli* reconociese haber actuado de su mala fe, ya que por la compensación prevista en el artículo 364 C.c., sería de aplicación el artículo 361 C.c., y con él la posibilidad de imposición de la segunda de sus opciones. Aunque considera que tal manifestación implicaría una renuncia a la buena fe con perjuicio a tercero, el edificante, al que se trata de imponer una opción no prevista legalmente y no debería ser permitida.

Lo fundamental es tener en cuenta que la compraventa forzosa para el edificante es un remedio previsto en la Ley para eximir al *dominus soli* de su obligación de pagar al edificante de buena fe, precisamente en atención a su buena fe, por una obra no deseada, o que quizá no pudiera costear, pero sí querida por el edificante. Luego, en los casos de mala fe no existe esa obligación legal, ya que el dueño del suelo, en justa sanción por la mala fe edificatoria, se puede quedar con la edificación pagando poco o nada. No hay razón jurídica que justifique tal compraventa forzosa impuesta al edificante.

En más, entendemos que la posición “absorbente y quiritaria”⁷⁶⁹ del propietario del suelo cuando el incorporante obra de mala fe, no debe ser agravada atribuyéndole una facultad más, que obligaría al edificante a realizar un desembolso imprevisto y gravoso. Más atribuciones que las expresamente atribuidas por los artículos 362 y 363 C.c. podrían desembocar en un auténtico “ius abutendi” en el dueño del terreno.

4.4. Edificación en suelo ajeno con materiales propios, con mala fe en el incorporante y en el *dominus soli*

Si se ha producido la construcción en suelo ajeno existiendo mala fe en quien realizó la incorporación, y en el propietario del suelo, el artículo 364 C.c. prevé una compensación de culpas y remite para su regulación como si ambos hubieren procedido de buena fe. Es, por tanto, tal precepto una norma de reenvío que apela a la disciplina específica del artículo 361 C.c., dictada para la hipótesis de buena fe de ambos⁷⁷⁰, o al

⁷⁶⁶ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 290.

⁷⁶⁷ GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 171, que defiende que el principio *superficies solo cedit* no es absoluto, ni imperativo y cede en caso de pacto expreso *inter partes*.

⁷⁶⁸ CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 330 y ss.

⁷⁶⁹ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 391.

⁷⁷⁰ El régimen al que remite el artículo 364 C.c. es aquél establecido para los casos en los que “hubieran procedido ambos de buena fe”. Considera MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 191, que el legislador yerra al remitirse al supuesto de hecho en el que tanto *dominus soli* como constructor actúan

menos, del constructor⁷⁷¹.

El artículo 364 C.c.⁷⁷² es una particularidad de nuestro ordenamiento jurídico, introduce un nuevo parámetro regulador en la construcción en suelo ajeno con materiales propios: la mala fe del *dominus soli* y la define como: “Se entiende haber mala fe... siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse”. Cuando en otros ordenamientos, por contra, la buena o mala fe del propietario del suelo resulta completamente irrelevante⁷⁷³, como ocurre en el caso del artículo 555

de buena fe porque considera que ese supuesto no está expresamente en ninguno de los artículos que disciplinan la accesión. Pero entendemos que una cosa es hablar de laguna legal como refiere esta autora y otra muy distinta considerar que en sede de accesión la buena o mala fe del *dominus soli* es a efectos jurídico reales indiferente, sólo se tiene en cuenta si quien realiza la edificación lo hace de buena o mala fe. Siendo única y exclusivamente relevante el estado gnoseológico del *dominus* en su posible influencia en el constructor y sólo en el caso de que ambos actúen de mala fe entonces se compensarán ambas y se aplicará el artículo 361 C.c.

⁷⁷¹Recordemos que de la dicción del artículo 361 C.c. se advierte, a primera vista, que no alude a la buena o mala fe del dueño del suelo, de modo que “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, e independientemente de la buena o mala fe del propietario, éste se hace dueño de lo incorporado por el constructor de buena fe. Y solamente en el caso ahora analizado, de mala fe en ambos, el Código civil tendrá en cuenta la del *dominus soli* para compensarla con la del incorporante. Esta será la postura secundada en la presente tesis y defendida por un nutrido sector doctrinal: SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 151, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 169 y 170, GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 185, DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 182 a 189, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 137, CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 327 a 329; MOLL DE ALBA, op. cit., págs. 141 y 142, para los cuales, el estado gnoseológico del *dominus soli* es irrelevante a los efectos adquisitivos jurídico-reales en el marco del artículo 361 C.c., que solamente tendrá en cuenta la buena fe del edificante. Otro sector doctrinal, integrado por autores tales como, MANRESA NAVARRO, op. cit., pág. 203, ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 296, GARRIDO DE PALMA, op. cit., págs. 164 y 165, COSI ESCOFET, op. cit., págs. 337 y 338, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., “Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante”, *La Ley*, 1994, págs. 968, 969 y 972, entre otros... se ha planteado “¿si resulta justo ante la buena fe del incorporante, que el dueño del suelo pueda adquirir lo edificado o plantado, si así le place, cuando se ha limitado prácticamente a *cazar al incauto*, al que ha empleado trabajo y materiales, ha invertido, construyendo vivienda familiar o para arrendar o vender, se ha arriesgado, ha hecho algo socialmente útil?

⁷⁷²También el legislador catalán contempla el supuesto de hecho en el que tanto *dominus soli* como edificante con materiales propios actúan de mala fe y aunque no la define expresamente, en su artículo 542-12, prevé la compensación de la mala fe de ambos, resolviendo el caso como “si hubiesen actuado de buena fe”.

⁷⁷³En nuestro marco comparado hemos visto que hay Códigos en los que ni si quiera se hace referencia a la buena o mala fe de los sujetos implicados. El propio Code, lo avala, en su redacción proyectada no distinguía según la buena o la mala fe del constructor; sí lo hará más tarde, en su tramitación, dando por resultado el artículo 555 originario, con su posterior reforma en 1960, en el que toma en consideración tan sólo el comportamiento ético del constructor. En Francia sólo existen dos supuestos de edificación en suelo ajeno, o bien es el constructor de buena fe o de mala. Si es de mala fe, el *dominus soli* puede optar entre adquirir lo edificado, o suprimir, demoler las obras a costa del que edificó. Si es de buena fe, el *dominus soli* sólo tendrá derecho a adquirir el edificio pagando una indemnización equivalente al aumento de valor del fundo, o bien, el coste de los materiales y mano de obra. El *dominus soli* no tiene por tanto la opción del artículo 361, ni tampoco dispone de norma correlativa a nuestro 364 del Código civil, siendo indiferente el estado gnoseológico del propietario del *solum*. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 182, 183 y 190 y ss. También MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit.,

del Code, del artículo 450 del Codice de 1865 y en el artículo 936 del Codice vigente.

Para algunos autores⁷⁷⁴, el precepto se inspira y tiene su precedente más remoto en aquel viejo principio de Derecho romano “si duo dolo malo fecerit, invicem de dolo non agent” (D. 4, 3, 36)⁷⁷⁵, y en aquel texto del Código Alfonsino “el que se deja engañar entendiéndolo, que se non puede querellar como ome engañado, porque non le fue hecho encubiertamente, pues que lo entendía” (Ley 25, título XXXIV, Partida 7^a).

En definitiva, las dos partes en disputa por la propiedad, en cierto modo, habrían provocado el conflicto por su voluntad; a ciencia y paciencia del dueño del suelo, ante cuya vista se han ejecutado las obras sin formular oposición, de un lado, y, de otro, con plena consciencia de que se construye en terreno ajeno o sin título bastante para ello, o, al menos, invasión y construcción se realizan con error inexcusable. Ambos, por tanto, deben ser tratados como si hubieren actuado de buena fe, al neutralizarse y quedar extinta la mala fe del uno con la mala fe del otro, en justa reciprocidad, sin que ello pueda ser interpretado como neutralización absoluta de la mala fe, en buena fe, y que la misma deba quedar sanada⁷⁷⁶ e impune⁷⁷⁷ por el hecho de la reciprocidad, sino sólo a los efectos de la accesión, como ya en su día declaró la STS de 17 de marzo de 1973 (RJ 1973/3805). Sentencia que claramente recoge y desarrolla el mandato del artículo 364 C.c. cuando declara que: “la mala fe recíproca es la determinante de la solución que da el artículo, y que el precepto establece un criterio de compensación, por estimar que la mala fe de uno, neutraliza en justa reciprocidad la del otro, para siempre, quedando patentemente fijado que lo que hay es mala fe recíproca y siendo así esta se neutraliza a los solos efectos de la accesión. . . pero no a los restantes, en los que jugará la mala fe con toda normalidad”.

Antes de continuar debemos puntualizar, que aunque hay autores que equiparan la mala fe de ambas partes, y conciben la mala fe del *dominus soli* como dolo, como cierta maldad “paciencia dolosa o pasividad lucrativa”, como la espera sin prisa a que el autor de la incorporación realice las edificaciones sin correspectividad en el caudal

págs. 123 y 124.

⁷⁷⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 168, destaca que se trata de un supuesto que no fue regulado en nuestro Derecho histórico, aunque algunos autores citan como más claro precedente la Ley 25, título XXXIV, Partida 7^a. GARCÍA GOYENA, op. cit. pág. 363.

⁷⁷⁵Principio que implica según GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 363, en su comentario al artículo 407 del Proyecto de 1851 (correlativo al artículo 364 vigente) que: “el dolo del uno debe ser compensado con el dolo del otro; ninguno de los dos puede echárselo en cara; y en igualdad de circunstancias es siempre de peor condición el que aspira a enriquecerse con daño de otro” “Cum par est delictum duorum, semper oneratur petitor”, Ley 36, título 3, libro 4 del Digesto y la 154 de las reglas del derecho, también las reglas, 33, 74, 90 y 145. Y respecto al segundo inciso del precepto, continúa GARCÍA GOYENA. . . *A vista y paciencia del mismo: “Dolo enim feci qui passus sum, eum aedificare, et non reddo impensas” Ley 5, párrafo 2, título 4, libro 44 del Digesto: “nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt: La de las reglas del Derecho Romano, y 25, título 34, Partida 7: al que sabe y consiente no se le hace injuria; pero el que edificó y plantó deberá probar la ciencia”.*

⁷⁷⁶LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 142.

⁷⁷⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 31; Díez PICAZO, op. cit., pág. 301.

del *dominus soli*⁷⁷⁸, en definitiva “mala fe encaminada a conseguir un enriquecimiento injusto” (STS 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721), entendemos que son divergentes y no parangonables⁷⁷⁹ la mala fe edificatoria y mala fe en el *dominus soli*, para muestra de ello, los supuestos en que la construcción se realiza “iure familiaritatis”.

La primera, la mala fe edificatoria, se centra básicamente, en el campo del conocimiento de la realidad jurídica matizada en ocasiones con exigencias de conducta diligente. Sin embargo, la mala fe del propietario del suelo es especial, en cuanto que no afecta a un posible conocimiento o desconocimiento jurídico, sino más bien, al simple conocimiento efectivo⁷⁸⁰ de que un tercero está edificando en su terreno, lo que conlleva consentir tácitamente la construcción, a pesar de haber podido oponerse y evitar con ello la continuación de la obra.

El legislador sólo ha querido sancionar la falta de diligencia del *dominus soli* que no se ha opuesto a la conducta lesiva, como mero criterio normativo para atemperar el régimen aplicable al constructor que ha ejecutado la obra con mala fe edificatoria.

Es este el concepto que toma en cuenta el Tribunal Supremo. Así, en la ST de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8227) se resuelve un supuesto de hecho en el que la propietaria de una finca rústica, indebidamente ocupada por la Comunidad Autónoma de La Rioja, y en la se habían ejecutado unas obras incontestadas, reclama la entrega de la posesión de la finca y su restitución a su prístino estado, además de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la Administración por la desposesión del terreno por un largo lapso de tiempo. En su Fundamento de Derecho tercero, el Tribunal Supremo, tras afirmar la mala fe, tanto del incorporante como del propietario, y entender aplicable el artículo 361 C.c., concede una indemnización a la propietaria del suelo “demandante que se ha visto privada de la disponibilidad del terreno durante largos años y esto es un concepto que, aún no previsto explícitamente en el Código civil debe ser objeto de indemnización”. También, la STS de 13 de julio de 2000 (RJ 2000/6019), aplica el artículo 364 C.c. a un supuesto de construcción de un pabellón en terreno ajeno. Los socios de las dos compañías implicadas, como *dominus soli* y

⁷⁷⁸GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 363, afirmaba en sus comentarios “el dolo del uno debe ser compensado con el dolo del otro; ninguno de los dos puede echárselo en cara; y en igualdad de circunstancias es siempre de peor condición el que aspira a enriquecerse con daño de otro” ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 394 y 395, considera de mala fe al dueño del suelo que se enriquece mediante la paciencia dolosa, ve (“a vista”) y conoce (“a ciencia”) con íntima satisfacción y con fría calma como va adquiriendo bienes ajenos a cambio de tolerancia pasiva, pero sumamente beneficiosa. Una vez más dolo y mala fe se unen para corromperlo todo.

⁷⁷⁹RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3940 y ss.

⁷⁸⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 212, concreta que no se trata de un conocimiento en sentido objetivo, o general, en el sentido de que sea objetivamente posible, hipotético para cualquiera, sino de ignorancia o conocimiento efectivo de la obra por parte del *dominus soli*. La visibilidad o no, objetiva, puede ser indicio de conocimiento o de la ignorancia, pero no es determinante. Para SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 152, *basta que haya desconocimiento para que haya buena fe, no obstante a ésta el que se haya podido conocer, si esta posibilidad no dio lugar a un conocimiento efectivo*. MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit. pág. 191, enumera tres condiciones para identificar la mala fe del *dominus soli*: 1.- que el dueño del terreno vea ejecutar la edificación; 2.- que viéndola, se haga sabedor o conocedor de ella. 3.- Que presenciando su ejecución, la tolere, no la impida, no reclame contra ella.

edificante, eran familiares, por lo que ambas conocían perfectamente; por un lado, la ajenidad del terreno y por otro, la actividad edificatoria. Se aprecia, de igual forma, en la STS de 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2039), en un supuesto de obras de reconstrucción de un castillo por el Estado que había sido adjudicado con anterioridad a un particular (*dominus soli* demandado). Se estima mala fe en el *dominus soli* que alegó aplicación indebida del artículo 361 C.c. porque entendía que el Estado había actuado de mala fe al conocer que el torreón era de propiedad ajena, y con base en ello (artículo 362 C.c.) nada tenía que pagar al Estado. El Tribunal Supremo manifiesta que: «según sus propias alegaciones, en una de sus visitas al castillo, ya avanzadas las obras de reconstrucción, se limitó a comunicar a los operarios que las realizaban, su condición de propietario que —según él— puso posteriormente en conocimiento de la Dirección General de Arquitectura, sin que conste que tal conocimiento, de existir, fuera acompañado o seguido de ninguna actuación escrita por parte del propietario del Torreón, el cual en todo caso no utilizó ni persistió en ninguno de los medios jurídicos que tenía a su alcance. Todo lo cual permitiría subsumir su actitud pasiva y negligente en el supuesto del dueño de mala fe previsto en el párrafo 2º del artículo 364 del Código Civil, ya que a partir del momento en que el recurrente tuvo conocimiento de las obras de reconstrucción que él no había ordenado, dichas obras habrían sido ejecutadas «a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse».

En la práctica de los tribunales, caso muy frecuente de aplicación del artículo 364 C.c., es el de obras ejecutadas con mera tolerancia del dueño del suelo (precarista), o realizadas en el ámbito “*iure familiaritatis*”, pues cuando esas relaciones se deterioran, surge la situación de confrontación sobre los derechos que corresponden a las partes respecto a la construcción realizada (por ejemplo, por la pareja o convivientes de hecho, por quien está casado o mantiene relación análoga de hecho con un familiar del *dominus soli*, o por los hijos autorizados por sus padres y propietarios del suelo, entre otros supuestos posibles), porque mientras ha existido una relación cordial no se ha procurado preconstituir una base o justificación jurídica de la participación concreta de cada miembro de la familia en la construcción realizada, sino que los ejecutores de la obra, pese a conocer que el terreno les era ajeno, llevan a cabo la misma y lo hacen con el consuno de la propiedad.

Así, la STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898), resuelve un supuesto de hecho donde un hijo realiza obras en la casa propiedad de su madre con la que convive y que autoriza las mismas. La STS de 18 de abril de 1986 (1986/1858), cuyo supuesto de hecho va referido a varias personas en régimen de comunidad que realizan obra, consistente en una nave, sobre terreno perteneciente a la esposa de uno de los socios, con autorización de la propietaria. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014/273549), que resuelve un supuesto de hecho, donde el actor conviviente de hecho con la hija de los propietarios del suelo, demanda la propiedad del trozo del terreno donde con la avenencia de los propietarios, construye una vivienda. La Audiencia considera aplicable el artículo 361 por remisión del artículo 364, para resolver los problemas derivados de que las obras se han realizado en suelo ajeno pero con la autorización o, al menos, con el consentimiento tácito de los dueños. Criterio

también seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 1999 que analiza y contempla un caso similar al presente. Al igual que la SAP de Toledo de 26 de julio de 2011 (AC 2011/2117), que resuelve un supuesto de construcción de una primera planta por un hermano del propietario del *solum*. La Audiencia concede el plazo de un mes al *dominus* para optar entre vender el 50% del solar en el que su hermano ha levantado la vivienda o adquirir la obra previa indemnización. De modo similar se pronuncia la SAP de Madrid de 4 de septiembre de 2006 (VLEX-26222462), en un supuesto de remodelación y elevación de una planta por los hijos de los propietarios, los considera “constructores de buena fe”, “y esta existe —refiriéndose a la buena fe— cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno (que es el caso) presente” y concluye: “por ello, los actores no tienen la propiedad de la planta primera”. En idéntico sentido, las SSAP de Murcia de 12 de julio de 2013 (JUR 2013/275472), de Lugo de 27 de junio de 2012 (JUR 2012/242092), de Asturias de 16 de julio de 2007 (JUR 2007/341981), de Madrid de 4 de septiembre de 2006 (VLEX-26222462), de Guipúzcoa de 10 de febrero de 2006 (2006/168540) de Madrid de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007/73705) y la SAP de Baleares de 9 de junio de 2005 (JUR 2005/166175), referidas a supuestos de construcción por esposo/a en solar o vivienda propiedad de los suegros⁷⁸¹.

También es muy común el recurso a la compensación de la mala fe del artículo 364 C.c., en supuestos de comunidad de bienes o propiedad horizontal, para el caso de edificación por uno o varios de los comuneros o en supuestos incluso de construcción por quien fue promotora. Así, la STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9471) referida a un supuesto en el que varios copropietarios proceden a la demolición y reconstrucción de un edificio objeto de copropiedad, con el consentimiento de algunos y el desconocimiento de otros, el Tribunal Supremo confirma la doctrina de la Audiencia que “aprecia la existencia de la copropiedad primitiva, la apropiación, por unos comuneros, de lo que era ajeno, puesto que ellos no tenían sino un derecho sobre cuotas ideales, no sobre trozos de terreno, y una buena fe resultante de la aplicación del art. 364.1º del Código civil”. En sentido parecido, la STS de 20 de junio de 1995 (RJ 1995/4935) en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto, pone de manifiesto que el recurrente impugna la calificación de obras ilícitas que la sentencia recurrida atribuye a las realizadas por él en el pajar y la cochera, cuando dichas obras, agrega el recurrente, fueron conocidas por sus hermanas (las demandantes) y no se opusieron a las mismas. El Tribunal Supremo desestima tal motivo con el siguiente argumento: “pues si las aludidas obras las ejecutó el demandado sin haber obtenido el consentimiento previo de las otras copropietarias, es evidente que dichas obras, en cuanto entrañaban una alteración sustancial de las cosas comunes (pajar y cochera), fueron realizadas en contravención de lo preceptuado en el artículo 397 C.c., que exige el consentimiento unánime y, por supuesto, previo de todos los condueños, y de ahí el que la sentencia recurrida las califique, en principio, de ilícitas. Pero como tales obras, por otro lado, fueron realizadas a vista, ciencia y paciencia de las otras copropietarias (las deman-

⁷⁸¹Doctrina no muy justificada, ni fácilmente justificable para SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 152, porque el edificante actúa con total conocimiento de la ajenidad de la finca.

dantes), las cuales no se opusieron a la ejecución de las mismas, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que «ambas partes, hoy litigantes, actuaron con mala fe y, por ello, sus respectivos derechos derivados de la mala fe de la otra parte litigante, se compensan, tal y como se infiere de la doctrina del párrafo primero del artículo 364 C.c. aplicable, cuando menos, por analogía» (Fundamento Jurídico sexto de la sentencia recurrida), por lo que el motivo, como antes se dijo, ha de fenecer, al no haber la referida sentencia infringido los preceptos que aquí ha invocado el recurrente”. Con un razonamiento parecido, para acabar rechazando los preceptos de la accesión, la STS de 21 de septiembre de 2011 (VLEX- 324877259)⁷⁸², referida a un supuesto de construcción por comuneros propietarios de un inmueble arruinado, y que pactaron una nueva edificación, unas cuotas y una concreción de viviendas.

Respecto a construcciones realizadas por quién fue el promotor y constructor, destacamos, la STS de 16 de junio de 1998 (RJ1998/5056), que resuelve un supuesto de hecho en el que se lleva a cabo una obra en subsuelo ajeno (construcción de los locales y garajes), por quien en su día promovió y construyó los ocho bloques de edificios existentes. Obra realizada después de la constitución del régimen de propiedad horizontal, tras haber transmitido la propiedad de los pisos integrantes de tal régimen. En tal caso, el Tribunal Supremo aprecia mala fe en los propietarios al ser “indiscutible que tal construcción se hizo a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse, ya que no consta oposición alguna en el tiempo en que se hacía, y el artículo 364 califica esta situación como de mala fe”. Y reconoce en compensación por la mala fe de ambos, el derecho de opción de los propietarios de hacer suya la obra (locales y garajes) previa indemnización correspondiente a la cía edificante u optar por obligar a la constructora a pagar el precio del terreno (subsuelo) en el que se construyó.

Finalmente, el artículo 364 C.c., suele ser utilizado como último recurso para evitar la demolición de las obras ejecutadas por razón de “orden social y económico”⁷⁸³, sobre la base de ampliar de forma, más o menos convincente⁷⁸⁴, el sentido de la mala fe del *dominus soli*, al no exigirse una prueba fehaciente del conocimiento por el propietario del suelo de la realización de la obras⁷⁸⁵. En tal sentido, la STS de 4 de octubre de 1996 (RJ 1996/7073)⁷⁸⁶.

⁷⁸²En este caso al haber un acuerdo entre comuneros, el Tribunal Supremo no entiende aplicable la doctrina de la accesión.

⁷⁸³La STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126) considera la demolición como un “considerable perjuicio económico”, evita la aplicación del artículo 363 C.c., se remite al 361 C.c., en concreto, a la segunda de sus opciones, la compra del terreno invadido. Respuesta parecida la encontramos en otras sedes como el artículo 542-11. 2º “in fine” del C.c.c., en el que se prevé que “la facultad de exigir el derribo decae si causa un perjuicio desproporcionado a los constructores según las circunstancias específicas del caso apreciadas por el tribunal”.

⁷⁸⁴BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1496.

⁷⁸⁵RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑO CASTRO, op. cit., pág. 3940.

⁷⁸⁶Una vez más el Tribunal Supremo pone de manifiesto que la buena o mala fe es un hecho cuya apreciación corresponde a la sala. En el caso de autos observa una indebida aplicación del artículo 364 C.c., cuando afirma: “El motivo también se refiere a la incorrecta aplicación del artículo 364, en relación con el 361 del Código Civil, y estos preceptos sí que fueron realmente infringidos en su aplicación, puesto que cuando se aprecia mala fe en el constructor y en el dueño del terreno, y se aplican, según

4.5. Edificación en suelo ajeno con materiales también ajenos: “un drama de tres personajes”⁷⁸⁷

4.5.1. Presupuestos y fundamento del supuesto de hecho del artículo 365 C.c.

Se trata de un supuesto triangular⁷⁸⁸ en el que alguien incorpora materiales ajenos, en un terreno no perteneciente al edificante, sino a un tercero, con lo que a la cuestión de la edificación sobre terreno ajeno se le añade una nueva complicación, pues el conflicto de intereses en lugar de plantearse entre dos elementos personales, serán tres los interesados: el *dominus soli*, el edificante y el *dominus materiae*.

Debe advertirse, que el contenido del artículo 365 C.c. es una novedad en nuestro derecho. Sus antecedentes no los encontramos en los “monumentos legales”⁷⁸⁹ en los que, más o menos directamente, solemos encontrar la casi totalidad de las hipótesis disciplinadas en sede de accesión. Este artículo es copia literal del artículo 408 del Proyecto de 1851, y del 368 del Proyecto de 1882, y en cuanto a sus concordancias, el artículo 451 del Codice civile de 1865 confirma la accesión a favor del suelo, y reconoce como responsable principal por el valor de los materiales al “tercero que usó y abusó de los materiales de otro haciendo mejoras útiles sobre un fundo no propio”, y para el caso de que el propietario de los materiales no pudiera conseguir del tercero la justa indemnización, le restaría una acción que ejercitar contra el propietario del suelo “pero solamente del precio que le fuere debido”, en la medida de la insolvencia del deudor principal⁷⁹⁰. Sin embargo, hoy el artículo 937 del Código vigente⁷⁹¹ establece una responsabilidad solidaria del *dominus soli* que conociere la ajenidad de los materiales empleados, frente a la responsabilidad limitada al precio que fuera entonces

el artículo 364, las mismas reglas que para el caso de buena fe de ambos propone el artículo 361, la solución dada por la Audiencia no es la correcta, pues priva al Ayuntamiento del derecho a adquirir la edificación previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil y le impone la solución de que venda el terreno al constructor”.

⁷⁸⁷El entrecomillado del epígrafe es como bautiza LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 145, al supuesto recogido en el artículo 365 C.c.

⁷⁸⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1503.

⁷⁸⁹MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 204.

⁷⁹⁰BORSARI, L., *Commentario del Codice civile italiano*, Vol. II, Roma, 1972, págs. 197 y 198.

⁷⁹¹Artículo 937 del Codice vigente dispone: “Si la plantación, construcción u otra obra son hechas por un tercero con materiales de otro, el propietario de los materiales puede reivindicarlos, previa separación a costa del tercero, si la separación puede obtenerse sin grave daño para la obra y el fundo. La reivindicación no será permitida transcurridos seis meses del día en el que el propietario ha tenido noticia de la incorporación. Para el caso que la separación de los materiales no haya sido pedida o que los materiales sean inseparables, el tercero que ha hecho uso y el propietario del suelo que sea de mala fe quedan obligados a pagar una indemnización por el valor de los materiales. El propietario de los materiales puede exigir tal indemnización del propietario del suelo, aunque si actuó de buena fe, quedará limitada al precio que le fuera debido. Puede también pedir el resarcimiento de los daños, tanto frente al tercero que ha hecho uso de los materiales sin su consentimiento, como frente al propietario del suelo que de mala fe haya autorizado el uso”.

debido al constructor (ex art. 936) para el caso de que actuara de buena fe⁷⁹².

EL punto de partida del Código civil es no alterar⁷⁹³ las relaciones existentes entre el edificante y el dueño del suelo, a las que les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 361 a 364 C.c. Y sobre esta base, el artículo 365 C.c.⁷⁹⁴ dicta la norma de justicia adecuada a la complicación que significa que los materiales empleados por el edificante no sean propiedad de éste, sino de un tercero, concediendo al dueño de los materiales la indemnización de su valor en términos parecidos⁷⁹⁵ a los del artículo 360 C.c. Indemnización que ha de ser pagada por el edificante, pero con refuerzo de su garantía estableciéndose una responsabilidad subsidiaria del *dominus soli*⁷⁹⁶. De tal forma que, la indemnización que, en su caso, este último debiera pagar se desdoblaría en cuanto supone de un lado, indemnización del valor de los materiales (*pretium materiae*), que se debe satisfacer al dueño de éstos, y de otro, indemnización de los gastos de trabajo (*mercedes fabrorum*), que debe ser pagada al edificante.

En consecuencia, como premisa básica en el supuesto que analizamos, la accesión quedaría consumada⁷⁹⁷ por la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, por el mero hecho de la incorporación definitiva, con independencia de que se hayan utilizado o no, materiales ajenos al constructor.

Ahora bien, una vez admitida la accesión de lo construido al suelo, para que pueda entrar en juego el artículo 365 C.c. es precisa la concurrencia de tres presupuestos: 1.- que los materiales sean de un tercero; 2.- que ese tercero no haya actuado de mala fe; 3.- que el edificante que los empleó no tenga bienes con los que pagar los materiales.

⁷⁹²PARADISO, M., *Il Codice Civile Commentario, L'accessione al suolo artt.934-938*, diretto da Piero Schelesinger, Milano, 1994, págs. 219 y 220.

⁷⁹³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 171; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 186.

⁷⁹⁴El legislador catalán aborda en el artículo 542-14, el supuesto de construcción en suelo ajeno con material ajeno al edificante de la siguiente forma: “1.- Los propietarios de los materiales tienen acción contra las terceras personas que han construido en finca ajena con materiales ajenos por su valor y, si procede, por los perjuicios causados. Subsidiariamente, tienen acción contra los propietarios de la finca por el enriquecimiento producido. 2.- Los propietarios de la finca, si han tenido que pagar los materiales a sus propietarios y a los constructores, tienen acción de resarcimiento contra los constructores”. El legislador catalán contempla expresamente la posibilidad de que los dueños de los materiales tengan acción contra los propietarios por el enriquecimiento injusto acaecido. Es digno destacar como el legislador catalán rechaza claramente, el enriquecimiento de quien construyó en finca ajena con materiales de otro. Hasta tal punto es así que para el caso de que los propietarios pagaran aquellos materiales a sus propietarios y a los constructores, se les concede de manera expresa, una acción de resarcimiento contra los constructores. PEÑASCO, *De la accesión...* op. cit., pág. 74.

⁷⁹⁵La doctrina especula sobre la posibilidad de separación de los materiales del tercero, con restitución de los mismos a su dueño. Sin embargo, si los materiales son separables debemos rechazar la accesión y reconocer la posibilidad de su dueño de recuperarlos, cual propietario. En esta línea encontramos a LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 145, que rechaza la aplicación de los preceptos legales relativos a la accesión y mantiene las acciones de daños que procedan.

⁷⁹⁶SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 170.

⁷⁹⁷FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3074, considera que el artículo 365 del Código civil no afecta a la adquisición de la propiedad por incorporación al fundo. El dueño del terreno invadido adquirirá pues la propiedad sobre lo construido, plantado o sembrado en virtud de las reglas generales de la accesión con independencia de la titularidad de los materiales.

El primero de los requisitos es la exigencia de que los materiales sean de un tercero, esto es, persona distinta al edificante y al *dominus soli*. Y por tanto, no entrará en juego el artículo 365 C.c. cuando el edificante sea un “otro” del artículo 360 C.c. que construye para el *dominus soli*, es decir, no hay en el artículo 365 C.c. construcción en suelo propio con materiales ajenos porque en tal caso la responsabilidad del constructor será directa⁷⁹⁸; tampoco cuando el edificante esté vinculado al *dominus materiae* por un contrato de suministro de materiales o de compra, algo muy usual en la práctica entre constructores y canteras o fabricantes, o con distribuidores de material de construcción⁷⁹⁹. Ni cuando el vendedor o suministrador no sea a su vez dueño de los materiales, si en su posesión concurren los presupuestos para que sea de aplicación, bien el artículo 85 del Código de Comercio, bien el artículo 464 C.c., pues uno y otro determinarán la propiedad en el edificante. En puridad quedarían pocos supuestos en los que concorra este primer presupuesto para que pueda tener lugar la entrada en juego del artículo 365 C.c., serán aquellos en los que el edificante haya tomado los materiales de su dueño con malicia, o creyéndolos suyos propios, y aquellos en los que la posesión del artículo 464 C.c. en el vendedor no esté amparada por el referido precepto⁸⁰⁰. Aunque es evidente que si el *dominus soli* hace uso de la facultad de demoler, los materiales deberán ser abonados por el incorporante, y no por el propietario del suelo, pues así lo dispone con claridad el artículo 365, apartado 2º C.c.

El segundo presupuesto es que el *dominus materiae* no haya procedido de mala fe, pues como afirma GARCÍA GOYENA “la culpa o mala fe de uno no debe dañar a otro que no tuvo parte, no es justo que el dueño del suelo se enriquezca a espensas de un tercero dueño de los materiales e inocente...”. De tal modo que, si ha actuado con mala fe no tendrá acción frente al *dominus soli*, que es lo que de especial constituye el contenido del artículo 365 C.c., independientemente que tenga o no acción contra el edificante, pues la relación entre edificante y *dominus materiae* no está contemplada en el precepto⁸⁰¹.

⁷⁹⁸DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 308.

⁷⁹⁹Sin embargo, en este punto hay polémica ya que autores como CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 311, que sí defienden su aplicación cuando existe una relación obligatoria inválida entre el edificante y el *dominus materiae*, alegando que “si la primera atribución es nula (dueño materiales/constructor), la segunda es gratuita (constructor/dueño del suelo), lo que hace que la posición del segundo sea tan atacable como la del primero”. La réplica a tal postura la encontramos en BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1504, para el que la segunda atribución no sería gratuita sin más, sino consecuencia del tratamiento que el legislador da a los enriquecimientos impuestos de mala fe, completamente ajeno a la idea de querer enriquecer de forma gratuita al *dominus soli*. Esta atribución tiene una causa legal, y aunque esta ceda en un caso muy preciso, el del artículo 365 C.c., la situación de éste no es equiparable a aquella otra en la que existe un contrato (nulo) entre el que suministra los materiales y el constructor. En este supuesto cada uno elige a su parte contractual con asunción de los riesgos de insolvencia o de imposibilidad de restitución por nulidad. Porque aquí la causa de la atribución es clara, aunque resulte nula; el problema está en que una de las partes no puede cumplir su obligación restitutoria (artículo 1303 C.c.). La concesión de una acción directa es una solución de un claro carácter excepcional que cuestiona el principio de relatividad de los contratos, de ahí que no parezca adecuado que su interpretación se extienda a supuestos no previstos expresamente por la ley.

⁸⁰⁰NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 186 y 187.

⁸⁰¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 398, defiende en caso de demolición que los ma-

El problema respecto a tal presupuesto se plantea en torno al significado de la mala fe del propietario de los materiales⁸⁰² que no parece ser muy claro, y respecto al cual el Código guarda silencio. MANRESA⁸⁰³ considera que el *dominus materiae* tendrá mala fe si hubiera procedido de conformidad a lo previsto en el artículo 364, párrafo 2º C.c., esto es, conoce efectivamente el empleo de los materiales de su propiedad, sin haberlo autorizado y no se opone a que el edificante los utilice. DÍEZ PICAZO⁸⁰⁴, adopta tal postura si el constructor se ha apoderado ilícitamente de los materiales pero no si entre ambos mediara un contrato de suministro. NÚÑEZ BOLUDA⁸⁰⁵, entiende que no es necesario que el *dominus materiae* conozca que el edificante obre de buena o mala fe, basta con que no se oponga a la utilización de sus materiales, esto es, que la utilización se lleve a cabo “a su vista, ciencia y paciencia”.

El tercer requisito, es que el edificante no tenga bienes con los que pagar los materiales. Así, el dueño de los materiales que obró de buena fe, con la creencia de que el incorporante no se inmiscuía en la propiedad de otro, se hace acreedor de una indemnización por el valor de los materiales (*pretium materiae*) frente al autor de la incorporación como deudor principal. Y sólo cuando el patrimonio de éste, el obligado directamente, no alcance para cubrir todo o parte de la obligación (artículo 1911 C.c.) podrá dirigirse subsidiariamente frente al *dominus soli*.

Realmente, el propietario del suelo no es un fiador⁸⁰⁶ del edificante, y menos un fiador solidario. El dueño del terreno es quien se ve enriquecido⁸⁰⁷ y contra quien se reclama (*actio in rem verso*) precisamente por tal enriquecimiento injusto, con el fin de evitar la depauperación sin causa del dueño de los materiales⁸⁰⁸.

De ahí, que el fundamento, la ratio última de tal norma, descansa sobre una única razón de justicia⁸⁰⁹ esgrimida con carácter general en sus comentarios por GARCÍA GOYENA⁸¹⁰ “nadie puede enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe”⁸¹¹ y reiterada al hilo del comentario del artículo 408 de aquel Proyecto, donde además especifica que “el dueño del suelo responderá en subsidio si quiere

teriales sean recuperados por su dueño, si nada se destruyó con la demolición.

⁸⁰² PARADISO, op. cit., pág. 150, la identifica con el consentimiento al uso de los materiales por el tercero.

⁸⁰³ MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 205.

⁸⁰⁴ DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 308.

⁸⁰⁵ NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 187.

⁸⁰⁶ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 397, habla del propietario del suelo como “fiador *ex lege*”.

⁸⁰⁷ BASOZABAL ARRUE, «Enriquecimiento...» cit., págs. 303 a 306. Analiza el sistema dual francés, el sistema de restitución particular del aprovechamiento previsto en el § 818.III BGB (similar al previsto por nuestra gestión de negocios ajenos del artículo 1893 del Código civil) y concluye que finalmente nuestro legislador optó por un abono de los gastos de forma diferenciada que respeta las normas de liquidación de los estados posesorios.

⁸⁰⁸ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 398 y 399.

⁸⁰⁹ PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J. L., “Consideraciones sobre los principios rectores de la cesión en las edificaciones”, *RDP*, Nº 1, enero-febrero 2015, pág. 64.

⁸¹⁰ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T. I, 1852, págs. 361 y 362.

⁸¹¹ De fundamento ético habla SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 157.

retener lo edificado; y cesará aun esta responsabilidad subsidiaria si usa de la facultad del artículo 406, pues en tal caso no se enriquece”. Deja patente GARCÍA GOYENA que tal acción subsidiaria de enriquecimiento se concede exclusivamente en la medida de la insolvencia del edificante para corregir ese enriquecimiento y sólo subsistirá en tanto en cuanto éste exista. No procederá, por tanto, cuando la edificación no haya generado enriquecimiento en el *dominus soli* o la edificación no subsistiere porque el *dominus soli* hubiere hecho uso del derecho que le concede el artículo 363 C.c. (406 del Proyecto de 1851). En tal caso, el dueño de los materiales quedaría pagado si pudiese recuperar los mismos si nada se destruyó con la demolición, lo que es realmente difícil y, en caso contrario, si se destruyeron en todo o en parte, de su valor responderá, en exclusiva, el incorporante; el *dominus soli* ya no será deudor solidario⁸¹²

Al hacer uso el *dominus soli* del derecho que le confiere el artículo 363 C.c., exigiendo la demolición de la obra (que sería de cuenta del edificante), estaría rechazando la accesión, desaparecería el fundamento de las acciones originadas por aquella, esto es, de la acción de enriquecimiento sin causa, pues al no enriquecerse el *dominus soli* nada tendría que pagar a quien fue dueño de los materiales.

Finalmente, en lo relativo a la cuantía a satisfacer por los materiales empleados, la medida de la insolvencia del edificante actuará como presupuesto y la existencia del enriquecimiento como límite de la misma⁸¹³. CARRASCO PERERA precisa que el propietario del suelo nunca responderá ante el dueño de los materiales en mayor medida de la que tendría que responder ante el constructor, si éste tuviera derecho a cobrar⁸¹⁴. Es evidente que lo que el *dominus materiae* puede reclamar es el valor de los materiales, y no el valor de la edificación, ya que ésta tiene un valor compuesto⁸¹⁵ de materiales, trabajo, licencias, tasas y demás elementos integrantes del proceso productivo. Y será el valor de los materiales al tiempo de la incorporación, cuando efectivamente fueron empleados. Si bien, la postura jurisprudencial es la de atender al momento de la tasación en ejecución de sentencia, con el límite efectivo del enriquecimiento del *dominus soli* por los materiales empleados. Pues, es ese enriquecimiento el que hay que restituir y no el que, si existió, ha desaparecido. Y el cauce adecuado para exigir tal responsabilidad subsidiaria será el ejercicio de la acción personal contra el injustamente enriquecido, sometida a un plazo de prescripción de 5 años según dispone el artículo 1964 del C.c.⁸¹⁶. El *dies a quo* será aquel en el que pudo ser ejercitada (art. 1969 C.c.).

⁸¹²ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 399, manifiesta que es evidente que si el *dominus soli* hace uso de la facultad de demoler, el dueño de los materiales queda pagado.

⁸¹³Además el enriquecimiento ha de subsistir en el momento de exigirse. Es ese enriquecimiento el que hay que restituir y no el que, si existió ha desaparecido en aquel momento. Vid. artículos 2041 del Código civil italiano, 818. Apartado 3º del BGB, y artículo 1448 del Código civil portugués. GULLÓN BALLESTEROS, op. cit. pág. 236.

⁸¹⁴CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 313 y ss.

⁸¹⁵NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 190.

⁸¹⁶Plazo reducido de 15 años a 5 tras la reforma del precepto por Ley 42/2015 de 5 de octubre de 2015.

4.5.2. Régimen jurídico según el estado gnoseológico del incorporante, del *dominus soli* y del propietario de los materiales

Se ha afirmado⁸¹⁷, que el dueño de los materiales que actuó de buena fe tiene derecho a la indemnización del *pretium materiae* con total independencia a que edificante y *dominus soli* hayan procedido de buena o mala fe (a los que les será de aplicación íntegra lo dispuesto en los artículos 361 a 364 C.c.⁸¹⁸). Ya que el Código civil no altera, por la injerencia de un tercero, los principios rectores de la accesión en las relaciones entre edificante y dueño del terreno.

La accesión se consuma por el sólo hecho de la incorporación (*superficies solo cedit*) con independencia de que los materiales utilizados sean ajenos al edificante, y naturalmente, el dueño del terreno podrá rechazar la accesión pidiendo la demolición de lo construido de conformidad con lo preceptuado en el apartado final del artículo 365 C.c. Es aquí donde comienza el problema, pues existen una serie de interpretaciones⁸¹⁹ doctrinales del artículo 365 C.c., entre las que destaca la de CARRASCO PERERA⁸²⁰, que limitan su aplicación, única y exclusivamente, para el caso de obras ejecutadas en terreno ajeno por un constructor de mala fe que utiliza material perteneciente a un tercero. Aduce, como otra posible hipótesis de construcción en terreno ajeno con material también ajeno, la prevista en el artículo 360 C.c. Más, entiende este autor, que con aquella restricción se evita la ruptura del principio de igualdad entre acreedores y se daría pleno sentido al párrafo *in fine* del precepto, que con su remisión al artículo 363 C.c. está haciendo referencia expresa la construcción de mala fe.

Para arrojar un poco de luz y evitar tal interpretación sesgada del artículo 365 C.c. es necesario: en primer lugar, dejar sentado que los supuestos de hecho contemplados en el artículo 365 y en el 360 C.c. son absolutamente distintos y, aunque éste último pudiera parecer un “menage a trois”⁸²¹, los protagonistas son única y exclusivamente dos sujetos: el *dominus soli* que “por sí o por otro” incorpora, y el dueño de los materiales utilizados. El propietario del terreno es a la vez incorporante, cosa que no ocurre así en el artículo 365 C.c., donde queda patente “el drama entre tres personajes”⁸²²: *dominus soli*, edificante y *dominus materiae*.

En segundo lugar, no olvidemos que este precepto intenta esencialmente dos objetivos: el primero, consolidar o no la accesión en función de que el *dominus soli* haga o no uso de las facultades que le son concedidas (accesión/demolición), y el segundo, dejar indemne al dueño de los materiales en cuanto a su valor, puesto que el constructor se sirvió de materiales ajenos⁸²³. Éste último responderá siempre aun cuando el dueño

⁸¹⁷ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 398.

⁸¹⁸ SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 171; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 186.

⁸¹⁹ BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1505. También, FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3075

⁸²⁰ CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 307, 309, 310.

⁸²¹ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 400 y 401.

⁸²² LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 145.

⁸²³ En este punto ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 400 y 401, es muy crítico con CARRASCO PERERA, lo acusa de “hacer que diga —refiriéndose al artículo 365— otras cosas como

evite su responsabilidad subsidiaria si eligiere la demolición⁸²⁴.

Por último, se crea la necesidad de analizar cómo juegan, efectivamente, la buena o mala fe de los tres sujetos implicados, en pro de una correcta interpretación del artículo 365 C.c., y en defensa de la aplicabilidad del mismo tanto a los supuestos de edificación de buena como de mala fe. Para ello debemos analizar de un lado las relaciones entre edificante y dueño de los materiales y de otro, las relaciones entre el dueño de los materiales y el dueño del suelo.

- (a) En las relaciones entre edificante y *dominus materiae*, hay que distinguir: 1.- la buena o mala fe del edificante, no tendrá más repercusión que, en caso de mala fe, indemnizar por los daños y perjuicios irrogados, si los hubiere. Indemnización que no alcanzará al *dominus soli*. 2.- la buena o mala fe del *dominus materiae* sí será relevante, ya que en el primer caso, tiene los derechos que le reconoce el artículo 365 C.c. y si actúa con mala fe, no tendrá derecho a ser indemnizado (artículo 365 puesto en relación con el artículo 362 y 363 C.c.)⁸²⁵.
- (b) En las relaciones entre el dueño de los materiales que sea de buena fe y el *dominus soli*, lo que será determinante es la buena o mala fe edificatoria. En tal sentido debemos distinguir:

- a) Buena fe en el edificante. En tal caso el *dominus soli* podría optar, por un lado, por hacer suya la edificación, en cuyo caso existiría una responsabilidad subsidiaria del propietario del suelo frente al dueño de los materiales. Solución que no tendrá dificultad si el *dominus soli* opta por pagar los gastos hechos en la edificación. Más difícil se presenta la solución si opta por pagar el aumento efectivo de valor de la finca. Se pregunta SÁNZ FERNÁNDEZ, ¿qué ocurre si el aumento del valor de la finca es inferior al valor de los materiales? Entendemos que la responsabilidad subsidiaria sólo debe alcanzar al efectivo enriquecimiento que ha sufrido el propietario del suelo, de lo contrario resultaría ser él, que ha sufrido una injerencia indebida en su propiedad, el perjudicado.

Por otro lado, si el *dominus soli* optase porque se le abone el valor del terreno, no tendría responsabilidad subsidiaria frente al dueño de los materiales, pues

pretende (págs. 360 y ss.), puede ser muy loable en el plano de las ideas jurídicas, pero no de lege-data”, considera que es el legislador el que ha determinado que la finalidad del artículo 365 C.c. sea la de indemnizar el valor de los materiales empleados. La obligación de pagarlos se perpetúa en el incorporante y se garantiza su cumplimiento mediante la responsabilidad subsidiaria del *dominus soli*, que sólo cesará si opta por la demolición y para ambos, en el poco probable caso de que al demoler permanecieran intactos.

⁸²⁴Debemos precisar que la responsabilidad del *dominus soli* operará sólo cuando por razón de las normas de la accesión, se haga propietario de lo construido. Por eso previene el Código civil que su responsabilidad cesará en caso de demolición de la obra porque entonces no habrá en el propietario del suelo enriquecimiento alguno. LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1025.

⁸²⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 171. También, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 397.

si el edificante compra y paga, no concurren los presupuestos de la responsabilidad subsidiaria del artículo 365 C.c., que sólo se da en la medida de la insolvencia del que empleó los materiales. Es más, el edificante pasaría a ser propietario del todo y es lógico que sea él quien deba pagar al *dominus materiae*, por los materiales que empleó.

- b) Mala fe del edificante. En tal supuesto el *dominus soli* podría optar, en primer lugar, por consolidar la accesión, en cuyo caso subsiste para el incorporante su derecho a exigir la indemnización por el precio de los materiales. Esto es, el *dominus soli* queda como deudor subsidiario del *pretium materiae* frente al dueño de los materiales pero el incorporante pierde todo derecho a ser indemnizado por los valores implicados en la edificación (materiales propios, trabajo, remuneración de obreros, proyecto. . .) por estricta aplicación del artículo 362 C.c.⁸²⁶

Pero también puede el *dominus soli* optar por la demolición del edificio, en cuyo caso no existiría responsabilidad subsidiaria alguna porque así lo determina el artículo 365 párrafo 2º C.c. El incorporante deberá correr con los gastos de demolición, sin perjuicio además de que el *dominus materiae* pueda retirar los materiales en el estado en que se encuentren. Es más, si el incorporante obró con mala fe y causó daños, ya sea al *dominus soli*, o al dueño de los materiales, deberá responder de los mismos⁸²⁷.

No obstante lo anterior, ALONSO PÉREZ defiende, al igual que lo hizo en el supuesto de construcción en suelo ajeno con mala fe edificatoria, que si el dueño de los materiales no ha procedido de mala fe, el *dominus* sólo debería proceder a la demolición si con ello no se destruyen los materiales ya que en el caso contrario, la demolición no beneficiaría al dueño de aquellos, sino que resultaría doblemente perjudicado porque perdería los materiales y su valor. Por tanto considera, que la buena fe del dueño de los materiales debiera servir como obstáculo al ejercicio de la facultad alternativa concedida en el apartado final del artículo 365 C.c., cuando la incorporación sea una obra de valor superior al suelo, cuya destrucción supondría pérdida de riqueza socialmente útil y no beneficiaran los materiales demolidos a su propietario. En tal caso el *dominus soli* debe optar por la aceptación de lo incorporado con carácter preferente, si la demolición supone destruir una obra de valor y utilidad personal y social. En contra, se manifiesta NÚÑEZ BOLUDA⁸²⁸, porque el *dominus soli* se limita a hacer efectivas, única y exclusivamente, sus facultades legales de optar. Así, cuando recurre a la facultad que le concede el artículo 363 C.c. está rechazando la accesión, al igual que cuando hace uso de la segunda opción del artículo 361 C.c.

Por último⁸²⁹, pudiera ocurrir que los tres sujetos obren de mala fe, y en tal caso

⁸²⁶ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 398.

⁸²⁷ En caso de que el incorporante deba indemnizar al *dominus materiae* por los perjuicios causados tal indemnización no alcanzará al *dominus soli*.

⁸²⁸ NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 190.

⁸²⁹ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 398, también se plantea la posibilidad de mala fe en el *dominus soli* con buena fe en los otros dos implicados en el supuesto de hecho y defiende la

procedería una compensación análoga a la contemplada en el artículo 364 C.c.⁸³⁰, y se habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 365 C.c. Así, el dueño de los materiales tendrá derecho a exigir la indemnización directamente al edificante y subsidiariamente, en la medida de la insolvencia del edificante, podrá dirigirse contra el propietario del suelo que, a su vez, dispondrá de las dos vías que le confiere el artículo 361 C.c., analizadas.

aplicación de la primera parte del artículo 365, pero en ningún caso de la segunda, que presupone la mala fe en el autor de la edificación y buena fe en el *dominus soli*. Pero éste viene obligado al resarcimiento de todos los daños y perjuicios, según dispone el artículo 360 C.c. para el dueño del terreno que incorpora de mala fe “por sí o por otro”, ocasionados tanto al dueño de los materiales como al incorporante de buena fe. Y entre estos daños estaría el *pretium materiae* que el incorporante como obligado principal, ex artículo 365, 1º debe al dueño de los materiales. De alguna manera, si sólo hubiere mala fe en el *dominus* éste debería convertirse no en deudor subsidiario sino principal porque la regla del artículo 365 apartado primero quedaría desvirtuada por el artículo 360 apartado 1º, inciso final C.c.

⁸³⁰SCAEVOLA, op. cit., pág. 329.

Capítulo 5

Apropiación por el dueño del suelo de los materiales ajenos con los que realiza la edificación

Índice del capítulo:

5.1	La construcción en suelo propio con materiales ajenos. Origen histórico y fundamento	344
5.2	Supuesto de hecho	351
5.2.1	La incorporación	352
5.2.2	El ámbito subjetivo del artículo 360 C.c.	355
5.2.2.1	La buena o mala fe en la construcción en suelo propio con material ajeno. Sus consecuencias	355
5.2.2.2	Autores y colaboradores de la accesión. El “por sí o por otro” del artículo 360 C.c.	358
A	Negocios jurídicos ineficaces	359
B	Adquisición a non domino	363
C	La incorporación de mueble (materiales) sometido a reserva de dominio	365
D	Recapitulación relativa a la figura del <i>dominus soli</i> incorporante. El “por sí” del artículo 360 C.c.	367
E	El tercero interpuesto. El “por otro” del artículo 360 C.c.	368
5.3	La consecuencia jurídica	378
5.3.1	La transmisión dominical. Fundamento y significado del principio “ <i>superficies solo cedit</i> ”	378
5.3.2	El pago del valor de los materiales y el resarcimiento de daños y perjuicios	384

5.1. La construcción en suelo propio con materiales ajenos. Origen histórico y fundamento

El artículo 360 C.c.¹ contempla el supuesto de quien construye en suelo propio con materiales ajenos y lo resuelve, en caso de unión irreversible, en beneficio del suelo, considerado como cosa principal (artículos 358 y 359 C.c.), e impone al *dominus soli* la obligación de indemnizar por el valor de los materiales y, eventualmente, la de reparar los daños y perjuicios irrogados, en caso de haber obrado de mala fe.

En este supuesto, la accesión juega a favor de quien tiene la iniciativa en la incorporación, el *dominus soli* (*superficies solo cedit*), y respecto al *dominus materiae* lo que se produce es una “usurpación”² y la pérdida del dominio de los materiales. Pero a diferencia de lo que ocurre en todo supuesto usurpatorio, donde el afectado dispone de la acción reivindicatoria, con la incorporación indisoluble de los materiales al *solum*, éstos pasan a ser parte constitutiva del inmueble³, de modo que la restitución se torna imposible sin destruir o menoscabar⁴ la obra ejecutada, sin dañar su “valor social”⁵. En sustitución de la referida pretensión, una vez perdido el dominio de la cosa accesorio, ya que el legislador decreta la accesión (*superficies solo cedit*) en beneficio del dueño del suelo, el Código concede una acción personal dirigida al abono del valor de los materiales contra el *dominus soli* para compensar el enriquecimiento injustificado, que podrá, en ocasiones, ir acompañada de una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios que el acto “usurpatorio”⁶ hubiere ocasionado.

En líneas generales se ha dicho que el fundamento de este supuesto de accesión coincide con la protección a la propiedad inmobiliaria y a la empresa⁷. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁸, habla de *justificación social, casi artística, relativa a la belleza de los edificios* como razón última⁹ de la máxima romana referida al caso con-

¹ Artículo 360 C.c., reza: “El propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiere obrado de mala fe, estará, además, obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos solo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas”.

² BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1480.

³ Para DÍEZ PICAZO, *La modificación...*, op. cit., pág. 831, se produce una transformación del objeto apropiado que pasa a formar parte sustancial o constitutiva de otra cosa.

⁴ TRAVIESAS M.M., *Ocupación, accesión y especificación*, RDP, 1919, pág. 295.

⁵ DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 831.

⁶ BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1480.

⁷ BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1480.

⁸ De protección de la riqueza conforme a los intereses económico-sociales habla CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La Accesión horizontal...*, op. cit., pág. 154. También, DE MARTINO, F., *Della proprietà*, en *Commentario del Codice civile*, a cura de Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Libro Terzo, (art. 934) 4ª edizione, Roma, 1976, pág. 494, refiriéndose al supuesto contemplado en el artículo 934 del Codice, equivalente a nuestro 360 C.c.

⁹ Así, entre otros, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 90, que considera que la última *ratio* por la que nace en Roma el axioma *superficies solo cedit*, es urbanística. *Es una pura remisión a los principios de Policía urbana de edificación lo que ha justificado el encuadramiento de la figura en el esquema*

templado en el artículo 360 C.c., y así lo confirman nuestras fuentes: es el famoso “ne urbs ruinis deformetur” (D. 43.3.7. de Juliano), consagrado en Las Partidas, en su “por aspostura, e por nobleza de las Cibdades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, no las derriben por tal razón como ésta” (Ley 38, tít. 28, P 3^a)¹⁰.

Fundamento, que ha sido germen de la codificación decimonónica, especialmente evidente en Italia. Así, los antecedentes más remotos del artículo 463 C.c. Albertino de 1848, seguido por el Código Estense de 1852, por el artículo 449 del Codice de 1865¹¹, y el 935 del Codice de 1942, se remontan a la Toscana renacentista, donde prescindiendo de razones lógicas o jurídicas y por motivaciones puramente artísticas, se permite la conservación de aquellos palacios o edificios de gran nobleza construidos tanto con material ajeno como en terreno de otro¹². Así lo justifica PASTORE¹³, que considera como *última ratio* de aquel artículo 461 Albertino (correlativo a nuestro 360 C.c.), por razones de equidad, el interés público de conservar el edificio.

Respecto a sus antecedentes históricos, la doctrina es prácticamente unánime¹⁴ en considerar que en el Derecho Romano, el origen de la accesión por *inaedificatio*¹⁵, que

de los modos de adquirir derivados de un “accederé”. En tono crítico, BONFANTE, *Corso di Diritto Romano...*, op. cit., págs. 116 a 120, considera que la verdadera razón de la regla romana no es la conjunción, que según él no la hay ni orgánica, ni mecánica, pues cabe la separación de los materiales; afirma que “il principio *superficies solo cedit*, ha lo stesso valore del principio *gemma inclusa annulo cedit*, la quale inclusione non esclude che la gemma si possa separare dall’anello”. Su auténtica razón es que en Derecho romano no se concebía una propiedad del edificio separada de una propiedad del suelo. A lo que se añade, la razón social de protección de la construcción urbana consagrada ya desde las XII Tablas.

¹⁰Idea en la que insiste en la parte final de la L. 16, Tít. 2, P. 3^a: “... E esto touieron los Sabios antiguos por esta razón: porque las casas, o los edificios que los omes fazen en las villas, non tan solamente se tornan en pro de sus señores, mas aun en fermosura comunalmente de los logares do son fechos. E quando se desfazen parecen porende mas feos, ca se tornan como en manera de hermamientos. Pero el que fizo poner en sus casas algún de las cosas ajenas que de suso diximos, deuelas pechar dobladas a aquel cuyas fueren. E esto se entiende, quando lo ouiese fecho a buena fe, cuidando que non eran ajenas, e que non pesaría a su dueño. Ca si a sabiendas lo fiziesse, entonces deue pechar tanto ppor ellas, quanto su dueño jurare que ha recebido de daño o menoscabo, por aquello quel fue tomado, e que non pudo auer”.

¹¹BORSARI, L., *Comentario del Codice Civile italiano*, vol. II, 1872, Napoli, pág. 191. Afirma que la norma es clara, haciendo referencia a esa fundamentación basada en el interés social de la conservación del edificio y la ejemplifica haciendo referencia a la imposibilidad de retirar las columnas, la estructura que soporta el frontal de la puerta grande por encima de la cual se eleva el muro de la fachada del palacio.

¹²Vid. artículo 463 del Código civil Albertino de 1848, artículo 644 del Código Estense de 1852 y artículo 452 del Codice.

¹³Citado por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., Madrid, pág. 155.

¹⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 276, nota 5. Es el citado autor, dentro de la doctrina patria, el que defiende que ésta hipótesis “*tignum iunctum aedibus vineave*”, considerada como el antecedente más remoto de la figura de accesión inmobiliaria industrial, no es accesión, porque el propietario de la viga o tignum tiene su dominio en estado de quiescencia, paralizada la reivindicación hasta la destrucción de lo construido. No desaparece su titularidad sobre los materiales absorbida por la del edificio.

¹⁵SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 130. Según el autor, la doctrina romana puede resumirse en los siguientes términos: Cuando sobre una finca se realizan obras, construcciones o edificaciones, formando

habrá de inspirar gran número de legislaciones, se remonta a las XII Tablas¹⁶, concretamente en uno de sus textos se lee: “Tignum iunctum aedibus vineave, et concapit, ne solvito. Ut qui illud iunxisset domino dupli praestaret” “El madero (viga) unido a un edificio o a una viña, o a la valla, no lo desates. Y quien lo hubiese unido pague a su dueño el doble”. Significándose con la denominación de viga todos los materiales con que se lleve a cabo la construcción o edificio.

Es más, la remisión a la Ley Decenviral como *ratio legis* del fenómeno adquisitivo derivado de un *accedere* es recurrente en todos los pasajes de las fuentes, concretamente, para el supuesto de edificación en terreno propio con materiales ajenos, que es el que ahora nos ocupa, la encontramos en el Digesto, en un texto atribuido a Gayo (D. 41.1.7.10) que dispone: “Quum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur solo cedit, Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere, propter legem duodecim. Tabularum, qua cavetur, nequis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur; sed duplum pro eo praestet. Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. Ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare, et ad exhibendum agere”, traducido por GARCÍA DEL CORRAL, en los siguientes términos: “Cuando alguno hubiere edificado en lugar suyo con materiales ajenos, se entiende que el mismo dueño lo es del edificio, porque todo lo que en él se edifica cede al suelo. Mas el que fue dueño de los materiales no por eso dejó de ser dueño de ellos, sino que no puede reivindicarlos mientras tanto, ni ejercitar respecto de ellos la acción de exhibición por virtud de la ley de las Doce Tablas, en la cual se dispone que nadie sea obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa, sino a pagar por ella el duplo. Más con la denominación de viga se significan todos los materiales con que se hacen los edificios. Luego si por cualquier causa se arruinó el edificio, podrá el dueño de los materiales reivindicarlos entonces, y ejercitar la acción de exhibición”¹⁷. Idea que se repite incesantemente a lo largo del Digesto¹⁸.

con el suelo un todo único indisoluble, la propiedad de este todo pertenece al *dominus soli*. El dueño de los materiales no puede pedir la separación pero tiene derecho a ser indemnizado. Si partimos de la idea de que en toda unión de cosas hay una cosa principal y otra accesoria, y de que en la unión de mueble a inmueble el *solum* es siempre la principal, se llega a la regla *superficies solo cedit*. Formulación que se encuentra en las célebres palabras de Gayo: “Omne quod inaedificatur solo cedit”.

¹⁶SANFILIPPO, C., Voz “Accessione (Diritto romano)”, *Nuovo Digesto Italiano*, a cura de di Mariano D’Amelio, con la collaborazione di Antonio Azara, 1937, Torino, pág. 66. En idénticos términos, SANFILIPPO, C., Voz “Accessione (Diritto romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Ernesto Eula y Antonio Azara, Torino, 1957, págs. 130 y 131. También, PASQUALI, G., VOZ “Accessione”, *Digesto Italiano*, Vol. I, parte prima, Torino, 1884, págs. 290 y ss.

¹⁷GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T. III, *Digesto*, sexta y séptima partes, 1897, pág. 302.

¹⁸En Paulo, D. 6.1.23.6, 7.1.23.6, GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T. I, *Instituta-Digesto*, primera, segunda y tercera partes, 1897, pág. 473. Ulpiano, D. 47.3.1. “lex duodecim Tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare; quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur, sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem”, traducido por GARCÍA DEL CORRAL en los siguientes términos: “La ley de las Doce Tablas no permite arrancar ni reivindicar el madero hurtado

El efecto fundamental de la *inaedificatio* era hacer adquirir lo edificado al dueño del suelo, e iba referido a la edificación en su conjunto, como cosa compuesta¹⁹, no a los materiales aisladamente considerados, los cuales seguían perteneciendo a su anterior propietario. Su dominio se hallaba en suspenso, en situación de quiescencia (*dominium dormiens*)²⁰, por lo que el *dominus materiae* no podía ejercitar la *actio ad exhibendum* para obtener la separación, ni reivindicarlos²¹ mientras la unión subsistiera²². Por el contrario, si ésta desaparecía podía ejercitar su derecho y obtener la restitución²³. Algo similar a lo que ocurría con la posesión, el *dominus soli* constructor tenía la posesión del conjunto pero no la de los materiales aislados y de ahí que no pudiera adquirir su dominio por usucapión (Paulo, D. 6.1.23.6 y 7.1.23.6)²⁴.

Como compensación a la paralización de su dominio, el *dominus materiae* podía obtener una indemnización por medio de la *actio de tigno iuncto*, cuya naturaleza y cuantía, ha sido cuestión discutida entre los romanistas²⁵. En origen, era una acción

que fue empleado en una casa o en viñas; lo que dispuso previsoramente la ley para con tal pretexto no se demolicen los edificios o se perturbase el cultivo de las viñas pero da acción del duplo contra el que fue convicto de haberlo empleado”. GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., pág. 675.

¹⁹Explica CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 241, nota 187, que el edificio en Roma era puesto como ejemplo de cosa compuesta “unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus”, en la clasificación tripartita de cosas simples, compuestas y universales de POMPONIO, que también podemos ver explicada en BIONDI, *Los bienes...*, op. cit., págs. 137 a 142, y en ENNECERUS, op. cit., págs. 301 y ss. BIONDI, B., pág. 142 y ss.

²⁰SANFILIPPO, op. cit., págs. 130, 131, 132 y 134; PASQUALI, op. cit., pág. 291; BONFANTE, op. cit., págs. 116 a 119; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 241.

²¹Sólo había en Roma una excepción a la posibilidad de ejercitar la reivindicatoria sobre los materiales una vez separados tras la destrucción de la edificación: las *res religiosae* (las tumbas). En Derecho Romano las *res divini* se subdividían a su vez en *sacrae* u objeto de culto consagrados, *sanctae*, que eran las puertas y muros de las ciudades y *religiosae*, que eran las tumbas ocupadas, no los meros cenotarios y la excepción procedía de la creencia de que en la tumba residía el espíritu del muerto o *mane*. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 94, nota 204, con cita de JÖRS-KUNKEL.

²²BONFANTE, op. cit., págs. 118 y 119.

²³SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 131.

²⁴En D. 6.1.23.6 de Paulo afirmaba: “Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agr, nisi adversus eum qui sciens alienum iunxit aedibus; sed est actio antiqua de tigno iuncto, que in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.”, cuya traducción por GARCÍA DEL CORRAL dice así: “El madero ajeno aplicado a una casa, ni se puede vindicar conforme a la ley de las Doce Tablas, ni por causa de él puede ejercitarse la acción de exhibición, a no ser contra el que sabiendo que era ajeno lo aplicó la casa; pero hay la antigua acción de tigno iuncto, que es por el duplo y proviene de la ley de las Doce Tablas.”, y continúa en el párrafo 7 “Item si quis ex alienis caementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, caementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit; nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat”, cuya traducción es la que se detalla: “Asimismo, si alguno hubiere edificado en suelo suyo con materiales ajenos, podrá ciertamente vindicar la casa, pero una vez separados los materiales los vindicará el primitivo dueño, aunque el edificio haya sido demolido pasado el tiempo de la usucapión, después que hubiera sido poseído por un poseedor de buena fe; porque no se adquieren por usucapión cada uno de los materiales, aunque la casa se haga nuestra por el transcurso del tiempo”. GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., op. cit., págs. 472 y 473.

²⁵SANFILIPPO, op. cit., pág. 132, con cita de BONFANTE, RICCOBONO, DE CRESCENZIO y PAMPALONI.

penal y la cantidad pagada no lo era en concepto de indemnización sino de pena, de ahí que el *dominus materiae* no perdiera la posibilidad de reivindicación en caso de separación. Por ello, supuesto indiscutible de su aplicación era el *tignum furtivum*, para el caso de que los materiales fueren hurtados o robados²⁶. Siendo más discutido su ejercicio en el *tignum alienum*, o supuesto de empleo de materiales ajenos no hurtados, ni robados. Y en lo que respecta a la cuantía de la indemnización que llevaba aparejado su ejercicio, se imponía la obligación de pago del doble del valor de los materiales empleados, de ahí que algunos romanistas bautizaran a la *actio de tigno iuncto*, como la *actio in duplum*. Aunque hay autores que defienden un importe menor de la indemnización en caso de mala fe en el *dominus materia*, y en el *tignum furtivum*, según PAMPALONI²⁷, era del cuádruplo.

Justiniano será quien convierta esta acción en una acción mixta (penal-reipersecutoria)²⁸, en la que el duplo se pagaba por vía de pena e indemnización, de tal modo que, una vez pagado el doble, el *dominus materiae* perdía definitivamente la propiedad de los materiales sin posibilidad de reivindicación, ni aun después de la separación²⁹. Y es esta idea de adquisición definitiva por el *dominus soli* de los materiales, en caso de incorporación indisoluble, la que perdura y es acogida en los Derechos posteriores³⁰.

Así, la solución en Las Partidas (L.16,T.II,P.III)³¹ no ofrecerá dudas, no hay reserva de reivindicación para el caso de ruina del edificio, sino simplemente atribución de la

²⁶SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 131.

²⁷Citado por SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 132.

²⁸SANFILIPPO, op. cit., pág. 132.

²⁹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 132.

³⁰No en el caso del derecho germánico, donde como nos explica BRUNER-SCHWERIN, no existía sobre los inmuebles ni propiedad privada, ni disfrute por separado, la propiedad del suelo pertenecía a la “sippe” o conjunto de vecinos, o había sobre los terrenos un derecho eminente de la Comunidad. Cita de NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 23. Es más, GARRIDO DE PALMA, ¿Superficies solo cedit?... , op. cit., pág. 146, explica como en el Derecho germánico no rigió en principio de accesión sino el del trabajo. Era propietario de la construcción el que la había realizado, y lo mismo ocurría en caso de siembras o plantaciones. De modo que, el constructor en terreno ajeno se convertía en propietario de lo incorporado, e incluso, en ciertos casos, pasaba el suelo a ser propiedad del incorporante (Carta Farfense del año 794). Surgía una propiedad de las edificaciones separada de la propiedad del suelo, al margen del principio *superficies solo cedit*, como objeto independiente del tráfico jurídico. En idéntico sentido se pronuncia ENNECERUS, op. cit., pág. 428, para el que, en caso de unión de cosas muebles con inmuebles, especialmente fincas, las relaciones de propiedad no se alteran y pone como ejemplo el supuesto del “arrendatario que coloca persianas o candados sigue siendo propietario de los mismos” salvo que, con esta unión la cosa mueble se convierta en parte integrante esencial de la cosa inmueble. En tal caso, la cosa inmueble se considera cosa principal aunque la cosa mueble sea de más valor y no es posible de conformidad al principio *superficies solo cedit*, recogido en el § 93, la existencia de derechos separados.

³¹La L. 16, T. II, P. III., formula el principio *superficies solo cedit* respecto al supuesto hoy contemplado en el artículo 360 C.c. de la siguiente manera: “Pero si viga o otra madera o piedra o cal metiere alguno en su labor de su casa no es tenuto de las sacar para mostrarlas en juicio a su contendor. E esto tovieron por bien los sabios antiguos, por esta razón, porque las casas o los edificios de los homes facen en las villas, no tan solamente se tornan pro de sus señores mas aún en fermosura comunalmente de los lugares do son fechos. . . Pero el que fizo poner en sus casas alguna de las cosas ajenas que de suso dijimos, débelas pechar dobladas a aquel cuyas fueren. . .”

propiedad de los materiales al *dominus soli*, “no la puede demandar aquel cuya es, y gana el señorío della aquel cuya es la obra” (L.38, T. XXVIII, P.III)³², desde el mismo momento de la incorporación y formación de un todo único, si bien se mantiene la obligación de pagar “el precio doblado de lo que valiere la cosa”, “quando lo ouiese fecho a buena fe, cuidando que non eran agenas”, porque de ser conocida la ajenidad el *dominus soli* “deue pechar tanto por ellas, quanto su dueño jurare que ha recibido de daño, o de menoscabo, por aquello quel fue tomado, e que non pudo auer” (parte final de la L. 16, Tít. 2, P. 3ª)³³.

Respecto al Derecho francés previo al Code, POTHIER³⁴, tras transcribir el texto de Gayo anteriormente reproducido (D. 41.1.7.10), justificaba la adopción de la solución romana introducida por la Ley de las Doce Tablas³⁵ con las siguientes palabras “En nuestro derecho francés seguimos esta decisión de la Ley de las Doce Tablas, salvo la pena del doble, que no está en uso. Se contenta nuestro Derecho con condenar a quien ha empleado en su construcción materiales que no le pertenecían, a entregar a quien le pertenecían el precio que valgan, según la estimación de expertos” y condiciona la posibilidad de reivindicación de los materiales en caso de ruina de la edificación sólo para el supuesto en el que no hubiere sido realizado el pago al *dominus materiae*.

Sin embargo el Code, finalmente, adopta una solución diferente. El artículo 554 establece que “El propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones y obras, con materiales que no le pertenecen, debe abonar su valor calculado en la fecha del pago; puede ser además condenado al resarcimiento de daños y perjuicios si ha lugar; pero el dueño de los materiales no tiene derecho a retirarlos”. COLIN y CAPITANT³⁶, observan que el artículo 554 únicamente somete la regla *superficies solo cedit* a una condición, a la vez necesaria y suficiente: que la obra haya sido hecha por el propietario con independencia absoluta de que haya mediado buena o mala fe, ya que

³²CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi*. . . , op. cit., págs. 109 y 110. Para éste autor, Las Partidas, en sus reglas de atribución del dominio, formulan el principio *superficies solo cedit* como un puro suceso de la acción reivindicatoria, no como una técnica adquisitiva, sino como un mandato de pago. Para él, el punto de vista de la norma es claramente el del dueño sacrificado, de ahí que cara al *dominus soli* el pago del duplo se formula como una sanción. Para este autor tales preceptos se motivan en una regla de policía urbana “por apostura e por nobleza de las Cidades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, no las derriben por tal razón como ésta” (Ley 38, tít. 28, P 3ª).

³³Sin embargo, NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. pág. 96, destaca que tales reglas se aplican con independencia del estado gnoseológico del edificante tanto en caso de buena como de mala fe. También, GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T I, Madrid, 1852. Consideran que la *actio in duplum* “nunca estuvo en uso entre nosotros; y el artículo es mas conforme a equidad y a los principios generales de derecho, condenando únicamente al pago del valor de los materiales en el caso de buena fe, y añadiendo la responsabilidad de daños y perjuicios en el de mala, ora se trate de plantaciones, u obras y edificios”.

³⁴POTHIER, J., *Tratado del derecho de dominio. De la propiedad*, trad. M. Deó, notas y concordancias A. Elías de Molins, T. VII., Capítulo II, Sección III, *De la accesión*, artículo III, cuarta regla, parágrafo II, Madrid, 1882, págs. 130 y 131.

³⁵El dueño de la viga empotrada en casa ajena no podía ejercitar la *actio ad exhibendum* y la posterior *reivindicatio* de su bien, si bien adquiriría un derecho de crédito por el doble del valor de los materiales y la posibilidad de reivindicar su propiedad si el edificio se arruinare.

³⁶COLIN y CAPITANT, op. cit., págs. 864 a 866.

como advierten, el precepto sería inútil respecto al constructor de buena fe, el cual, de no haber empleado materiales perdidos o robados, estaría al abrigo de toda reivindicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 2279 del Code (la posesión de muebles equivale a título). Para ellos, basta con la incorporación material de los objetos al suelo para que opere la máxima romana y en caso de que el edificio sea demolido, ya fortuitamente, ya por el *dominus soli*, no podrá el propietario de los materiales reivindicarlos por no tener más derecho que a la indemnización en metálico en caso de que aún no le haya sido satisfecha. Ello es así, porque como destacan COLIN y CAPITANT, en el Code, artículo 712, la accesión es un modo definitivo de adquirir la propiedad, al que la ley no subordina a ninguna condición resolutoria³⁷.

Con una sistemática similar, la norma del Code pasa al artículo 449³⁸ del Codice de 1865, (no lo hará al artículo 935 del Codice de 1942). También se recogerá en el Derecho español, concretamente, en el artículo 679 del Proyecto de 1836³⁹ y en el artículo 403 del Proyecto de 1851⁴⁰ que, con carácter expreso, disponía que el *dominus soli* que emplee materiales ajenos “adquiere la propiedad” de los mismos; pasará, de igual modo, al artículo 363 del Proyecto de 1882⁴¹. Y finalmente, se consagrará en el artículo 360 C.c. que presenta dos particularidades, la primera, porque suaviza la negativa del Code a la retirada o devolución de los materiales y la prevé “en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas” y la segunda, respecto al Proyecto de 1836 y de 1851, porque hace desaparecer la referencia expresa a la accesión y a su efecto adquisitivo⁴².

Distinta será la postura adoptada por el Código civil portugués y por el Codice vigente. Sorprende, de un lado, la adquisición condicionada al pago prevista en el artículo

³⁷VUILLAUME, op. cit., págs. 195 y 196.

³⁸El artículo 449 del Codice de 1865 dice: “El propietario del terreno que hizo construcciones, plantaciones u obras con material ajeno, ha de pagar su valor. También quedará obligado en caso de mala fe o culpa grave al resarcimiento de los daños; pero el propietario de los materiales no tiene derecho a retirarlos salvo que pueda sin destruir la obra construida o la plantación”.

³⁹El artículo 679 del Proyecto de 1836 decía: “Si alguno plantase o edificase en terreno propio con semillas o materiales ajenos, aquéllos y éstos le pertenecerán por accesión, pero habrá de pagar el valor de ellos y además podrá ser condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado”

⁴⁰El artículo 403 del Proyecto de 1851 disponía: “El que sembrare, plantare o edificare en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unas y otras, pero estará obligado a pagar su valor, y además será condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, si hubiere procedido de mala fe”.

⁴¹El artículo 363 del Proyecto de 1882 manifestaba: “El propietario del suelo que hiciere en él plantaciones construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios”.

⁴²Por el contrario, el Código civil catalán mantiene la referencia al efecto adquisitivo de la propiedad con el uso de la expresión “los hace suyos”, para referirse al empleo de los materiales ajenos. Así su artículo 542-13, referido a la construcción con material ajeno reza: “Los constructores de una obra o un edificio que, de buena fe, utilizan materiales ajenos los hacen suyos, pero deben compensar a los propietarios de estos por haberlos utilizado. Si actúan de mala fe, los deben indemnizar, además, por los daños y perjuicios causados”.

1339 del Código portugués⁴³, para el supuesto de construcción en terreno propio con material ajeno, y de otro, la compleja redacción del artículo 935 del Codice⁴⁴ (también del artículo 936), que induce a pensar en una posible accesión por decadencia de ciertos plazos, concedidos al dueño de la cosa accesoria si, aun siendo posible la separación, no la reclama por desidia o desinterés. Concretamente, no admite la reivindicación de los materiales transcurridos seis meses a contar desde el día en que el *dominus materiae* haya tenido noticia de la “incorporación”. No obstante lo anterior, son razones de seguridad y la necesidad de “evitar que la titularidad del derecho de propiedad de los materiales permanezca incierta durante mucho tiempo”, las que imponen una pérdida anticipada de tales materiales a favor del *dominus soli* constructor. Como se advirtió oficialmente por su Relazione en la tramitación del Proyecto de Código civil de 1942⁴⁵. Y así lo entienden, doctrina⁴⁶ y jurisprudencia italiana, para las cuales, más que accesión separable, habría prescripción extintiva acelerada de la reivindicatoria del dueño o usucapación mobiliaria súbita a favor del *dominus soli*.

5.2. Supuesto de hecho

A tenor de lo dispuesto en el artículo 360 C.c., quien incorpora “por sí o por otro” a su inmueble materiales ajenos, adquiere su propiedad y debe abonar su valor al dueño

⁴³DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...* op. cit., págs. 301 y ss., pone de manifiesto que el Código portugués rechaza la tesis de la automaticidad de la accesión y configura este supuesto como un juego de obligaciones sinalagmáticas, de adquisición y pago. La doctrina portuguesa sigue el camino marcado por el Código alemán, otorgando valor al trabajo y se suman a la corriente crítica hacia el principio *superficies solo cedit*. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, entiende que sólo de esta manera, esto es, rechazando la automaticidad de la máxima romana y otorgándole un carácter meramente potestativo, así como rechazando que los dos límites de la verticalidad del fundo deban pertenecer al mismo propietario, se consigue que el constructor de la obra o el que realiza la plantación o siembra (más valiosas que el suelo en que se asientan), puedan ser sus propietarios. También, CARVALHO MARTINS, op. cit., págs. 103 y ss.

⁴⁴Algo similar ocurría en el Derecho romano, junto a los casos de accesión propia —unión de la que resulta un *corpus quod continetur uno spiritu*—, en la que la adquisición de la propiedad es definitiva, encontramos una accesión impropia o provisional —unión de la que resulta un *corpus ex cohaerentibus* o *ex contingentibus*— en la que el dueño de la cosa unida podía pedir la separación ejercitando la *actio ad exhibendum*, y sólo en caso de no ejercitarla podría llegar a adquirir el dominio el *dominus soli*. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 241. También, en SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 124. La justificación a este régimen la encontramos en la concepción del edificio en Roma como ejemplo de cosa compuesta “*unum corpus est ex cohaerentibus*”, tal y como se pone de manifiesto en la clasificación tripartita de: cosas simples, compuestas y universalidades de POMPONIO, que puede verse analizada por BIONDI, op. cit., págs. 137 a 142.

⁴⁵“... además en ella reside la innovación más característica, se ha señalado para el ejercicio de la acción de reivindicación un plazo de seis meses desde el día en el cual el propietario de los materiales ha tenido conocimiento de la incorporación. De tal modo se evita que la titularidad del derecho de propiedad permanezca incierta por mucho tiempo”. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 306.

⁴⁶MONTEL, op. cit., págs. 134 y 135; PARADISO, op. cit., págs. 24 y ss.; DE MARTINO, op. cit., pág. 497. En tal sentido se pronuncia la jurisprudencia italiana: SSCassazione de 14/4/47, 24/1/55, 9/2/55, 4/4/62, 7/10/64, 5/4/76, citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 310, nota 33.

de éstos, y en caso de que obrare de mala fe, quedará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

El supuesto de hecho se caracteriza fundamentalmente por dos datos: 1) la incorporación a un inmueble de materiales ajenos⁴⁷ significando que tales “materiales ajenos” son bienes muebles de cualquier tipo empleados para realizar la edificación (o la plantación en su caso): de vigas, maderas, piedras, cal. . . hablaba el Derecho romano y más tarde las Partidas (Ley 16, tít. 2, p. 3^a) y, 2) que esta incorporación es llevada a cabo por el dueño del *solum*⁴⁸ “por sí o por otro”.

5.2.1. La incorporación

Ante todo, el artículo 360 C.c. prevé como supuesto normal la utilización de material ajeno que se incorpora a la obra de modo irreversible⁴⁹, constituyendo con ella un todo unitario.

Se produce, como advierte DÍEZ PICAZO⁵⁰, una transformación del objeto apropiado que pasa a formar parte sustancial o constitutiva —parte integrante— de la nueva cosa en que la construcción consiste, de manera que para restituir los materiales a su antiguo dueño, sería necesario destruir o menoscabar la obra ejecutada con lesión de lo que hemos denominado “creación de riqueza”⁵¹ o “valor social”⁵². De ahí, que el artículo 360 C.c., en su párrafo segundo disponga: “el dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida o sin que por ello perezcan la plantaciones, construcciones u obras ejecutadas”.

Ius tollendi, respecto al cual, siguiendo a DÍEZ PICAZO, debemos realizar dos observaciones. La primera, que el derecho o facultad que se reconoce al *dominus materiae* no parece que se trate de un pleno derecho dominical⁵³ ejercitable a través de una acción reivindicatoria, sino un derecho de simple retirada o de separación. La segunda, que esa facultad se encuentra limitada, en concreto, hay dos supuestos en los

⁴⁷Si la construcción se hace en suelo propio con material del *dominus soli*, no habrá ningún problema. Su incorporación al suelo determina una automática extensión del derecho de dominio no *iure accessionis* sino *iure proprietatis*. Es más, como advierte DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 299, si el *dominus soli* no ha construido por sí sino por otro, los que han puesto su trabajo por cuenta del dueño, serán simplemente acreedores de su salario o retribución, sin perjuicio de la condición que tal crédito merezca en orden a sus posibles privilegios.

⁴⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1479 y ss.

⁴⁹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 359. En idéntico sentido, BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1480, habla de inseparabilidad de los materiales respecto del suelo,

⁵⁰DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 299.

⁵¹DÍEZ PICAZO, L., *La modificación...*, op. cit., pág. 832.

⁵²BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1480; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., 155; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 129; CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 90; DE MARTINO, op. cit., pág. 494

⁵³El derecho de retirada o de separación presupone que no ha perdido la propiedad. PIGNAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J.I., “Consideraciones sobre los principios rectores de la accesión en las edificaciones”, *RDP*, N^o 1, 2015, pág. 62.

que no puede ejercitarse: cuando con la retirada de material perezca la construcción (por ejemplo cuando se retira la estructura metálica o de hormigón, o se lleva a cabo la retirada de los ladrillos que integran un muro), y cuando la retirada no pueda llevarse a cabo sin menoscabo de la obra construida. Supuesto este último, menos claro, y germen de una ardua discusión doctrinal, ya que el Código civil para impedir éste *ius tollendi*, simplemente alude a la expresión genérica “menoscabo de la obra construida”, por ello, encontramos autores como BASOZABAL ARRUE y LACRUZ BERDEJO⁵⁴, que han interpretado tales términos en sentido simplemente económico, y entienden que se produce tal menoscabo “si por la separación, se destruye una parte de lo construido desproporcionada con el valor del objeto que se pretende retirar”⁵⁵.

Sin embargo, por “menoscabo” se entiende cualquier disminución de valor, lo que sin duda se va a producir en toda clase de retirada de materiales, por lo que no parece que sea el “criterio económico” la interpretación más apropiada⁵⁶. El menoscabo al que parece referirse el 360 C.c. es “un perjuicio de la obra como tal, más que de su precio o valor”, que obviamente, también se verá afectado; por lo que podrían “retirarse máquinas incorporadas a la obra, tales como ascensores, etc.”⁵⁷. Y en este sentido, SCAEVOLA⁵⁸ habla de no comprometer la solidez de la construcción, y para LÓPEZ VILAS, el término “menoscabo” debe ser entendido “como perjuicio que afecta a lo construido, más que como concreta desproporcionalidad con el valor del objeto que se pretenda retirar”⁵⁹.

En cualquier caso, si la retirada no es posible sin perecimiento o menoscabo de la obra o construcción, se consuma, con carácter definitivo⁶⁰, la accesión en beneficio

⁵⁴LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op. cit., pág. 135. También, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 244, nota 193, con cita de LARENZ y LEHMANN, que advierten que el edificio es parte esencial no por su mayor valor o importancia económica sino porque su separación del suelo resultaría antieconómica. En esta idea late el concepto germánico del edificio como parte integrante del suelo al que se adhiere permanentemente para que pueda operar la accesión. (cfr. Parágrafos 94, 95 y 946 del BGB)

⁵⁵BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1480. En contra LÓPEZ VILAS, R. “Comentario al artículo 360 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, T I, Dir. por C. Paz Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador, Madrid, 1991, pág. 1013.

⁵⁶El criterio de la inseparabilidad económica responde a la ratio de que la accesión resuelve un conflicto de intereses por el único medio posible acorde a la doble finalidad de evitar comunidades de bienes y la destrucción de la riqueza. Por ellos la Ley permite la separación siempre que sea posible sin daño económico

⁵⁷Ejemplifica DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 300.

⁵⁸SCAEVOLA, Q., “Comentario al artículo 360 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, Madrid, 1891, pág. 300.

⁵⁹LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1013.

⁶⁰En contra ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 364, defensor de la teoría de la revivificación de la propiedad sobre los materiales en caso de ruina o demolición del edificio, incluso para el caso de que hubiere sido abonado el valor de los materiales en cuyo caso manifiesta: “si le fue abonado su valor, deberá deducir el importe de la utilidad que le presten los materiales o plantas recuperadas”, aunque reconoce que “si el *dominus soli* actuó de buena fe cuando los incorporó al suelo, la usucapión ordinaria actúa inexorablemente en su ventaja, siempre que concurren los requisitos legales (arts. 1940, 1941, 1957 del C.c.)”.

del suelo como elemento principal⁶¹ (*superficies solo cedit*), y la pérdida del dominio de los materiales, cuyo dueño sólo tendrá un derecho de crédito dirigido a obtener su valor⁶², y una pretensión de daños y perjuicios, en caso de que hubiera habido mala fe⁶³.

No hay, por tanto, accesión en la hipótesis contemplada en el inciso final del artículo 360 C.c.⁶⁴. El segundo apartado no constituye una excepción al primero⁶⁵. Es más, cuando la unión es separable, se concede al dueño de los materiales⁶⁶ únicamente el derecho a retirar los mismos, y al *dominus soli*, la sola facultad de exigir la separación. Pero, si mediante acuerdo de ambos, el *dominus soli* hiciera suyos los materiales pagando por ellos, nos encontraríamos ante un negocio jurídico voluntario, nuevo y ajeno a las reglas de la accesión y al imperio del principio *superficies solo cedit*. Y no alteraría esta conclusión, el hecho de que el *dominus materiae* no ejercitase el *ius tollendi*, abandonando los materiales y, con ello, perdiendo su dominio. En tal caso, si producida la unión (no irreversible), el dueño del suelo optase por hacer suyos los materiales, no será *iure accessionis*, sino *iure occupationes*, ya que al ser abandonados se habrían convertido en *res nullius*⁶⁷.

⁶¹ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 275.

⁶² No se trata de una compra de los materiales por el *dominus* del terreno sino de una compensación por un desplazamiento patrimonial injustificado con el fin de evitar un enriquecimiento injusto. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 361.

⁶³ La buena fe se presume siempre (artículo 434 C.c.), también se presumirá el dominio de los materiales por el *dominus soli* y que lo edificado o plantado se realizó por él (artículo 359 C.c.). Al que invoca el dominio de los materiales corresponde la carga de la prueba, y si además entiende que el *dominus soli* actuó de mala fe, tendrá que demostrarlo cumplidamente. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 361.

⁶⁴ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 288. En idéntico sentido, ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 360, nota 3. También, LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1014. CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 256, nota 19, tacha de “superflua” la última frase del artículo 360 C.c., tanto por lo que respecta a la accesión, que no se produce, cuanto a lo referente a la reivindicación, ya que el derecho de retirada se condiciona a que pueda hacerlo según las reglas generales de la reivindicación, entre ellas el artículo 464 C.c.

⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 135.

⁶⁶ A diferencia de lo previsto en el artículo 935 del Codice vigente, que para el caso de construcción en terreno propio no admite la reivindicación de los materiales transcurridos seis meses a contar desde el día en que el *dominus materiae* haya tenido noticia de la “incorporación”. Aunque doctrina y jurisprudencia italiana, consideran que más que un supuesto de accesión separable, de lo que se trata es de un caso prescripción extintiva acelerada de la reivindicatoria del dueño, o usucapión mobiliaria súbita a favor del *dominus soli*. MONTEL, op. cit., págs. 134 y 135; PARADISO, op. cit., págs. 24 y ss.; DE MARTINO, op. cit., pág. 497. Y así la jurisprudencia italiana: SSCassazione de 14/4/47, 24/1/55, 9/2/55, 4/4/62, 7/10/64, 5/4/76, citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 306, nota 33.

⁶⁷ Como advierte CARRASCO PERERA, op.cit., pág. 186, carece de sentido exigir a las cosas sin dueño un particular tipo de adherencia física, ya que fuera cual fuese el tipo de unión exigida, nadie existiría para ejercer el *ius tollendi*, en el caso de que la unión no se hubiera dado.

5.2.2. El ámbito subjetivo del artículo 360 C.c.

5.2.2.1. La buena o mala fe en la construcción en suelo propio con material ajeno. Sus consecuencias

A diferencia de los preceptos que disciplinan la construcción en suelo ajeno, el artículo 360 C.c. no hace una distinción explícita entre *dominus soli* incorporante de buena fe y aquel que emplea en terreno propio material ajeno de mala fe. Aunque esta diferencia se deduce del propio texto de la norma. Luego, por exclusión, el primer inciso parece ir referido sólo al *dominus soli* de buena fe⁶⁸.

Realmente la circunstancia de la buena o mala fe del propietario del *solum*, en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 360 C.c., no es de singular importancia, ya que no afecta a la consecuencia jurídica-real, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la construcción en terreno ajeno (artículos 361 y ss. C.c.). Tampoco está en juego la pretensión restitutoria del enriquecimiento coincidente en ambos casos, sino únicamente la procedencia de la pretensión indemnizatoria⁶⁹. Circunstancia que ha llevado a la doctrina⁷⁰ a relacionar, la buena o mala fe del dueño del *solum*, con la noción de culpa exigida por el artículo 1902 C.c.

Lo relevante es, por tanto, decidir en qué consiste la buena fe de quien utiliza materiales ajenos y los incorpora en suelo propio como para quedar eximido del deber de indemnizar los daños causados a su propietario, es decir, si basta con una buena fe subjetiva (*bonae fidei possessor*), como mera ignorancia para no tener que responder de otros daños más allá del valor de los bienes (deuda restitutoria) o, si para merecer dicho trato, hace falta un comportamiento ético diligente (*contractus bonae fidei*).

Para CARRASCO PERERA⁷¹, esta buena o mala fe, va referida a la buena o mala fe posesoria, que tiene como presupuesto necesario el carácter indebido de la posesión, la ilicitud objetiva en la tenencia de la cosa. Ilícitud sobre la que se proyectará posteriormente la consciencia o ignorancia de ese carácter indebido. Desde esta óptica, rechaza que se trate de la buena o mala fe contractual, o de un principio genérico de honradez y se excluye del ámbito del artículo 360 C.c. las relaciones entre las partes motivadas por la existencia de un contrato, en virtud del cual, el *dominus soli* incorpora cosa ajena, pues se trataría de una relación jurídica donde el propietario del suelo utiliza debidamente la cosa ajena, o el propio dueño de ésta la emplea en fundo ajeno (refiriéndose al “por otro” del artículo analizado), por lo que faltaría el presupuesto para que pueda operar la buena o mala fe del artículo 360 C.c. y, en consecuencia, el mandato de pago de valor que el precepto contiene⁷².

⁶⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 245.

⁶⁹BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1481.

⁷⁰DÍEZ PICAZO, “La modificación...”, op. cit., pág. 346; BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1481; CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 245.

⁷¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 245.

⁷²CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 247, concibe el artículo 360 C.c. como un momento en la mecánica de la acción reivindicatoria. Luego, no podría ser sujeto de la relación prevista en el precepto, aquel *dominus soli* frente al cual el *dominus materiae* no pueda *prima facie* reivindicar, es decir, el

Alonso Pérez⁷³ concibe la buena fe como “un estado gnoseológico o de conocimiento, un error excusable como en los artículos 433 y 1950 C.c., referido a la ignorancia invencible del daño que se ocasiona en un interés jurídicamente protegido de otra persona, con la firme creencia de que se obra legítimamente”. La buena fe provocaría que la responsabilidad del propietario del suelo “se agote” en el pago del valor de los materiales. De modo que el artículo 360 C.c. opera como “regla fundamental atenuante de responsabilidad”, esto es, la buena fe no sirve para mitigar el rigor de las consecuencias jurídico-reales de la accesión, como lo es la adquisición del dominio de lo incorporado al *solum*, pero sí las consecuencias jurídico obligacionales.

En idéntico sentido DÍEZ PICAZO⁷⁴, para el que la buena fe en materia de accesión significa que “la persona que realiza un acto, que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena, ignora, por error excusable, el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud. En definitiva, significa esto: que el que edifica, planta o siembra en terreno ajeno o con materiales ajenos, o el que emplea para su obra materia ajena... ignora, por error excusable, que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, cree tener sobre ellas un derecho que le permite realizar aquellos actos.”⁷⁵. Para él la buena fe es también causa de exoneración de la sanción, de la deuda indemnizatoria a tenor del artículo 1902 C.c.

A *sensu contrario*, como entiende BASOZABAL ARRUE⁷⁶, la expresión utilizada por el artículo 360 C.c. no excluye la culpa del artículo 1902 C.c. como criterio general de imputación, simplemente presume la existencia de la misma en quien actúa de mala fe, esto es, en quien conoce la ajenidad del material utilizado.

En este punto, la doctrina sí es unánime, y si el *dominus soli* hizo la incorporación empleando materiales ajenos consciente de que no eran suyos, queda obligado no sólo al abono de su valor sino también al resarcimiento de daños y perjuicios de conformidad a las reglas del Derecho de obligaciones, esto es, daño efectivamente causado, lucro impedido (artículo 1106 C.c.) además de las responsabilidades penal que posiblemente derive de tal acto usurpatorio⁷⁷. La ilicitud de la apropiación indebida adquiere

que retiene o incorpora la cosa justamente. Además, considera que del inciso final del artículo 360 C.c. se desprende la justificación de lo dicho. Es decir, la reivindicatoria no encuentra en este caso más obstáculo que la propia incorporación, y no existiendo ésta, el dueño del suelo no podría tener otro título para retener la cosa, título para oponerse a la reivindicatoria del que sí dispondría si la incorporación se hubiese realizado con base a un contrato o derecho cualquiera. En la medida en que el *dominus materiae* puede reivindicar estas cosas, parece cierto que, el artículo 360 C.c. está presumiendo que entre las partes no existe relación jurídica.

⁷³ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 361.

⁷⁴DÍEZ PICAZO, “La modificación...”, op. cit., pág. 346.

⁷⁵En idéntico sentido MEDINA DE LEMUS, M., “Comentario al artículo 360 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, Coord. J. Rams Albesa, T. III, Barcelona, 2001, pág. 188. Considera la buena fe como “la ignorancia del alcance ilícito de los actos realizados, en terreno o con materiales ajenos, y en la creencia de su legitimidad, con lo que resultan cubiertos los aspectos negativo y positivo de los artículos 433 y 1950 C.c.”.

⁷⁶BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1481.

⁷⁷SCAEVOLA, op. cit., pág. 567. Este autor ejemplifica tal supuesto de la siguiente manera: Existen dos solares colindantes A y B. En el solar B, el contratista de una obra tiene depositada toda la labor de

su máxima gravedad⁷⁸, pues el *dominus soli* obró a sabiendas de que los materiales los adquirió de quien no era su propietario, o los empleó cuando los tenía en depósito, prenda o comodato, o porque los recibió como pago indebido o sencillamente los sustrajo ilícitamente⁷⁹.

Sin embargo, pudiera ocurrir que el propietario del suelo se sirviera de ese “otro” al que hace referencia el propio precepto, un mero intermediario que ejecuta la construcción con imputación de su actividad al propietario del *solum*. La mala fe de éste no, necesariamente, debiera repercutir en la de aquél⁸⁰ y sería, en tal caso, el edificante responsable de los daños por él irrogados. Sin embargo, hay quien opina⁸¹, que siendo ese “otro” un mero representante del dueño o un simple contratista, obrero, arquitecto, etc. . . podría hacerse recaer sobre el dueño del suelo una especie de culpa *in eligendo o in vigilando*, o una especie de solidaridad o “complicidad en la mala fe”⁸² (Vid. SSTS de 27 de enero de 1995 —RJ 1995/176—, de 13 de noviembre de 1993 —RJ 1993/8910—, de 12 de noviembre de 1991 —RJ 1991/8237—), en tal caso entendemos, que su posible responsabilidad indemnizatoria lo sería con un fundamento legal distinto al artículo 360 C.c. (cfr. artículos 1725 y 1726 C.c., o el artículo 1596 C.c.)⁸³. El *dominus soli* es quien finalmente se enriquece sin justa causa con la obra incorporada en su suelo, por la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, por tanto, debe ser él quien ha de responder, necesariamente, por ese enriquecimiento experimentado, pero cosa distinta será su posible responsabilidad por los daños irrogados por ese “otro”. La mala fe del propietario del suelo excluye la de sus subordinados pero es discutido si debiera ser así a la inversa.

cantería que necesita para el edificio objeto de su contrato. El dueño del solar A, que está realizando en él una casa, toma dolosamente varios sillares y los utiliza en su construcción. El contratista para cumplir con sus compromisos, tiene que encargar nueva piedra, pagar su extracción de la cantera, el transporte y labrarla con sus operarios en horas extraordinarias, con aumento de jornal. Todos estos mayores gastos sobre el justo valor de los sillares serán daños que deberá abonar el edificante de mala fe. Extremando el ejemplo, damos por cierto que el contratista, por el efecto de la sustracción no puede entregar en plazo el edificio e incurre en la penalidad pactada en razón de la mora. El montante de esta penalidad pecuniaria sería también daño resarcible por el edificante de mala fe.

⁷⁸ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 296. El rechazo a la mala fe por parte de ALBALADEJO le lleva a proponer, como solución al caso de que el *dominus soli* emplee materiales ajenos con conocimiento de la ajenidad de los mismos, la pérdida del terreno por el *dominus soli*. En cualquier caso, lo que es seguro es que si obró de mala fe al emplear los materiales ajenos, deberá resarcir al *dominus materiae* a tenor del artículo 1902 del Código civil.

⁷⁹ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 363.

⁸⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 205, notas 98, 99 y 100. TORRES LANA y SCAEVOLA, op. cit. pág. 298 y 299, siempre creen responsable al dueño del suelo, pues sólo su buena o mala fe es la que importa, siendo para ellos irrelevante la del obrante (trabajadores, empleados. . .) que actúan por voluntad del propietario. Acerca del § 912 BGB, dice WOLF, op. cit., pág. 443, que “si el propietario encargó a otro la construcción (arquitecto, artesano), se toma en consideración la culpa de éste; y sólo si cometió la transgresión de los límites por indicación del comitente será aplicable el § 166 en los que le corresponda”.

⁸¹ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 362.

⁸² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 205.

⁸³ Vid. SAP de Asturias de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014/18539), la STS de 3 de abril de 2006 (RJ 2006/1916) y de 13 de mayo de 2005 (RJ 2005/3997).

Una vez sentado lo anterior, resulta necesario subrayar que la carga probatoria recae en el *dominus materiae*, el cual deberá enfrentarse al juego de las siguientes presunciones: 1) la buena fe se presume siempre (artículo 434 C.c.); 2) lo edificado se ha llevado a cabo por el *dominus soli* y a su costa (artículo 359 C.c.); y 3) los materiales se presumen propiedad del *dominus soli*. Al que invoca el dominio de los materiales perdido desde el momento de la incorporación (*superficies solo cedit*), corresponde probar la titularidad de los mismos y, si entiende que el *dominus soli* obró de mala fe, también tendrá que demostrarlo cumplidamente⁸⁴. Teniendo en cuenta además, la dificultad probatoria adicional derivada del hecho de que los materiales de construcción son habitualmente bienes fungibles.

Por último, y en otro orden de cosas, algunos autores como ALBALADEJO⁸⁵, han criticado el precepto analizado (artículo 360 C.c.) por incompleto, al centrarse únicamente en el estado gnoseológico del *dominus soli* constructor, obviando la combinación de mala fe del dueño de los materiales con buena fe del *dominus soli*, y los supuestos de doble mala fe de los implicados. La solución “equitativa”⁸⁶ que se propone, para la primera de las hipótesis, esto es, para el caso de que en la incorporación de materiales hecha por el propietario del suelo, el *dominus materiae* hubiere obrado de mala fe, “dejando al otro utilizarlos sin advertirle que eran suyos”, sería la pérdida de los materiales sin derecho a ser indemnizado. Para la segunda, se aboga por la aplicación analógica con otros preceptos como el artículo 379 párrafo tercero o el 364 C.c. con sus efectos sanatorios⁸⁷. Sin embargo, conviene rechazar esta tentación, el Código “no ha olvidado” tales hipótesis, sino que simplemente son consideradas irrelevantes, en el sentido de que deben ser solucionadas a partir de la única regla (artículo 360 C.c.) que se ha dado para la resolución de un supuesto usurpatorio⁸⁸.

5.2.2.2. Autores y colaboradores de la accesión. El “por sí o por otro” del artículo 360 C.c.

Si bien es cierto que, la buena o mala fe no es determinante de regímenes esencialmente diferenciados, sí que lo es para perfilar quiénes pueden ser los sujetos de la relación que de modo abstracto y genérico formula el artículo 360 C.c., ya que *a priori* sólo puede ser *dominus soli* respecto a tal norma, aquél de quien pueda ser predicada la buena o mala fe en la tenencia y empleo de la cosa ajena mueble incorporada irreversiblemente al *solum*⁸⁹.

⁸⁴ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 364.

⁸⁵ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 296.

⁸⁶ ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 296.

⁸⁷ FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “Comentario al artículo 360 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. II, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 3028.

⁸⁸ BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1481. En idéntico sentido FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3028.

⁸⁹ Díez Pícazo, op. cit., pág. 301, puntualiza, que si bien la obligación de abono del valor de los materiales es del *dominus soli* enriquecido, sin perjuicio de la repercusión que ello pueda tener en la relación propietario con ese “otro” incorporante de los materiales; la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios es una deuda indemnizatoria que recae en quien empleó los materiales y puede

Quienes se han ocupado de describir el supuesto de hecho, consideran que el artículo 360 C.c. parece ir referido a dos grupos de casos productores de la situación:

El primero, no ofrece dudas, el precepto es aplicable a aquellos supuestos en los que el *dominus soli* emplea materiales ajenos a sabiendas de que lo son. *Prima facie* parece un acto objetivamente ilícito⁹⁰, se produce una indebida apropiación de cosa ajena, esto es, el *dominus soli* obró a sabiendas de que los materiales los adquirió a *non domino*, o los empleó cuando los tenía como depositario, en prenda o comodato, o porque los recibió como pago indebido, o sencillamente, los hurtó o se apropió de ellos fraudulentamente⁹¹.

El segundo grupo de supuestos, sería aquel donde la actuación del *dominus soli* es lícita. La mayor parte de la doctrina señala, sin detenerse demasiado en su análisis, los casos de adquisición a *non domino* y de suministro de los materiales. Son DÍEZ PICAZO⁹² y sobre todo CARRASCO PERERA⁹³ quienes prestan más atención al análisis y determinación de quién es el *dominus soli* constructor que “por sí o por otro” emplea materiales ajenos. Para ello ponen en conexión las normas que rigen en sede de adquisición, en concreto, el artículo 360 C.c. con las reglas de transmisión de la propiedad en materia de bienes muebles, ya que los materiales lo son. Así, en principio quedarían fuera del marco del artículo 360 C.c., los supuestos de transmisión de la propiedad de la cosa mueble por un contrato válidamente realizado. En tales casos, las obligaciones del *accipiens* frente al *tradens* no pueden ser otras, sino el pago del precio o merced eventualmente convenida.

Dentro de los contratos traslativos de dominio las dudas se ciernen en dos supuestos: 1) los contratos ineficaces provenientes del dueño de la cosa, en los que el *dominus soli* (*accipiens*) compra, entra en posesión de los bienes muebles e incorpora; 2) los supuestos de transmisión de los materiales al *dominus soli* por un tercero no propietario e incorporados a su *solum*. Aunque también digna de análisis resulta la posible aplicación del artículo 360 C.c., a la situación resultante de la existencia de una reserva de dominio sobre los materiales vendidos al *dominus soli* que incorpora a su inmueble.

A. Negocios jurídicos ineficaces

Se nos plantean serias dudas en el caso de que la relación comercial esté viciada de nulidad radical⁹⁴, ya que según los principios de nuestro sistema, el propietario trans-

alcanzar exclusivamente al incorporante, pues fue él el causante de los daños.

⁹⁰DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 300.

⁹¹Advierte FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3025, que en los casos en los que se produce la actuación ilícita, se aplicará el artículo 360 C.c. además de la sanción penal correspondiente.

⁹²DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 299 a 301.

⁹³CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 248 a 262.

⁹⁴BERTOLÁ NAVARRO, I., «Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los contratos», Editorial Jurídica Sepín (<http://blog.sepin.es/2013/09/diferencias-entre-la-nulidad-y-la-anulabilidad-de-los-contratos/>, 13-04-2016). Se destaca, en el referido artículo las características de la acción de nulidad con referencia expresa a las siguientes SSTs: STS de 14 de mayo de 1994, la nulidad de un contrato opera *ipso iure*, de manera automática, pudiendo declararse de oficio, sin expresa petición de parte; STS de 25 de abril de 2001,

mitente no ha perdido en ningún momento su dominio⁹⁵, por lo que nos podríamos encontrar ante una persona que ha recibido una prestación que no le transmite el dominio de la cosa mueble entregada (materiales), que posteriormente incorporará a su inmueble y que continúan siendo ajenos.

Distinto es el supuesto en el que la ineficacia del vínculo no sea originaria, sino sobrevenida con base en una acción resolutoria⁹⁶, revocatoria o rescisoria. El *accipiens* que incorpora a su suelo los bienes muebles entregados⁹⁷, emplea materiales propios, y pese a la retroactividad de la ineficacia declarada, lo cierto es que en el tiempo en que fueron utilizados eran del *dominus soli*, y en consecuencia, la hipótesis parece quedar fuera del supuesto de accesión del artículo 360 C.c. por falta de la nota de ajenidad. Igual razonamiento debería valer para los contratos anulables, si se mantiene con la doctrina dominante que la anulabilidad supone la validez inicial del negocio pero de eficacia claudicante, en la que el *tradens* perdería el dominio de lo entregado y tendría una acción recuperatoria de las prestaciones recíprocas. Situación final, que como veremos, terminará siendo semejante a la solución ofrecida por el artículo 360 C.c., con algún matiz diferenciado según la buena o mala fe obligacional.

En opinión de CARRASCO PERERA⁹⁸, que compartimos, el artículo 360 C.c. no regula la situación provocada por la incorporación a un inmueble de la cosa ajena

relativa a la legitimación, de modo que pueden ejercitar tal acción no sólo los que hayan intervenido en la relación negocial, sino además, quienes hayan podido resultar perjudicados con el mismo; STAP de Cádiz, secc. 5ª, de 1 de octubre de 2009, destaca la imprescriptibilidad de la acción, ya que su vicio no puede ser convalidado con el paso del tiempo y la STAP de Granada, secc 3ª de 7 de febrero de 2005, que distingue nulidad radical y anulabilidad, que a diferencia de aquella la relación negocial produce sus efectos desde el momento de su perfección, pero estos son claudicantes, ya que su eficacia puede destruirse o por el ejercicio de la acción de anulabilidad, que en caso de prosperar, determinaría la aparición de la ineficacia con efecto retroactivo, a la fecha de celebración del contrato, produciéndose la restitución de las prestaciones que las partes hubieren realizado con sus frutos e intereses (art. 1303 del Código civil) y si ello no fuera posible, se deberá restituir su equivalente (artículo 1307 del Código civil). Vid. también, HERRERA DE LAS HERAS, R., “STS de 24 de marzo de 2006: Quiebra: nulidad de la compraventa realizada en el periodo de retroacción de la quiebra; devolución de la cosa con los frutos obtenidos y devolución del precio con los intereses correspondientes”, en *CCJC*, N° 73, 2007, págs. 453 y ss.

⁹⁵ROCA SASTRE, R. Mª y PUIG BRUTAU, J., “Enriquecimiento sin causa”, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, pág. 496 y ss.

⁹⁶Según el artículo 1199 C.c., cualquiera de las partes puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en incumplimiento. Si el deudor no cumple y no paga los materiales incorporados, como la restitución de los mismos se torna imposible habrá que acudir a la medida subrogatoria del valor de la cosa más los daños y perjuicios irrogados. NAVARRO CASTRO, M., “La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado”, *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, coord. por I. González Pacanowska, C. L., García Pérez, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 100.

⁹⁷NAVARRO CASTRO, op. cit., pág. 110, para el caso de que se compren materiales se incorporen y no se haya pagado y exista certeza o temor fundado de que no se van a pagar, cabría la posibilidad de interesar la resolución anticipada del contrato. Precisa, que el “temor fundado” para que permita una resolución anticipada exige la efectiva entrega de la cosa adquirida (en este caso los materiales) y que el temor se refiera conjuntamente y no de forma alternativa, tanto al precio a percibir por los materiales, como a la cosa vendida, ya que en virtud de los tres primeros apartados del artículo 334 C.c. los materiales quedarían indisolublemente unidos al suelo y devendrían inmuebles por incorporación.

⁹⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 250.

(materiales), recibida con base en un contrato ineficaz, entendido en el más amplio sentido (revocación, resolución, rescisión). Tampoco, para el caso concreto de contrato inválido afecto a causa de nulidad, pues será el artículo 1307 C.c.⁹⁹, el que resulte de aplicación y regirá la situación resultante de la “pérdida” de la cosa recibida y el que establezca una determinada medida de la prestación sustitutoria que, aunque se asemeja a la del artículo 360 C.c., no es enteramente coincidente, ya que la restitución de frutos e intereses no aparece en el referido artículo¹⁰⁰.

Las diferencias entre el régimen previsto en el artículo 360 y el 1307 C.c., no sólo alcanzan al monto de la obligación, sino también al plazo de ejercicio de la acción (cuatro años de la acción de anulabilidad¹⁰¹, frente a la acción personal de enriquecimiento injusto, hoy reducido de 15 a 5 años por la Ley 42/2015 de 5 de octubre), así como a las particularidades y especificaciones previstas en las normas que regulan la nulidad de los contratos, esto es, cuando la nulidad provenga de la incapacidad de uno de los contratantes, deberá restituir sólo en la medida de su enriquecimiento, lo que no tiene que coincidir necesariamente con el valor de la cosa (artículo 1304 C.c.); o las específicas reglas de repetición de lo entregado en el supuesto de ilicitud de la causa (artículos 1305 y 1306 C.c.).

Se añade, que para el caso de ineficacia sobrevenida¹⁰² resultante de una condición resolutoria, el artículo 1123 C.c.¹⁰³ contiene una previsión específica al remitir, en el supuesto de pérdida de la cosa, a lo establecido en el artículo anterior respecto a las condiciones suspensivas. Y una vez descartado el caso de pérdida fortuita¹⁰⁴, la regla

⁹⁹GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario al artículo 1307 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VII, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 9275 y 9276. Para este autor, los posibles daños causados con ocasión del contrato nulo no deben ser resarcidos en sede restitutoria, que simplemente se plantea deshacer los efectos desplegados, sino en la acción de daños por culpa in contrahendo que puede entablarse en todo caso simultáneamente o sucesivamente. A la culpa in contrahendo se refiere explícitamente el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), en sus artículos 2.1 y 12.

¹⁰⁰No vemos qué frutos e intereses pudiera haber en caso de empleo de materiales ajenos en obra propia.

¹⁰¹La acción de nulidad de pleno derecho, como tiene señalado constantemente el Tribunal Supremo y la Jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, la acción de nulidad de pleno derecho es imprescriptible de conformidad a la regla de que “lo nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo”.

¹⁰²PLANA ARNALDOS, M^a. C., “Resolución y restitución”, *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, coord. por I. González Pacanowska, C. L., García Pérez, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 503 y ss. La resolución produce la ineficacia sobrevenida de la relación contractual y consecuentemente se extinguen las obligaciones de las partes pendientes de cumplimiento (efecto liberatorio de la resolución) y han de restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas (efecto restitutorio). Este último efecto está justificado por el veto al enriquecimiento injusto producido por la falta de causa de la atribución patrimonial operada en virtud de contrato resuelto.

¹⁰³CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1122 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 8210 y ss.

¹⁰⁴El riesgo de pérdida fortuita (o no imputable) de la cosa lo soporta cada parte contratante sin que afecte al nacimiento de la relación de liquidación con un peculiar criterio en el cálculo de la relación restitutoria por equivalente: deberán en tal caso restituir su valor (el valor de la cosa al tiempo de la

segunda del artículo 1122 C.c.¹⁰⁵ obliga al deudor al resarcimiento de los daños y perjuicios. De igual modo, en el supuesto del artículo 1124 C.c.¹⁰⁶, pues tanto da que el acreedor opte por exigir el cumplimiento de la obligación, como por la resolución, ya que en uno y otro caso obtendrá la medida subrogatoria del valor de la cosa más los daños y perjuicios irrogados¹⁰⁷. En el fondo, las consecuencias son coincidentes con el mandato del artículo 360 C.c. para el caso de mala fe en el *dominus soli*, sin embargo, en ellas no se produce una adquisición del dominio de la cosa mueble por accesión, sino tan sólo un mandato de pago por enriquecimiento a costa de bien ajeno, siendo la causa de la atribución dominical la propia de las obligaciones recíprocas del artículo 1274 C.c.¹⁰⁸.

Por último CARRASCO PERERA¹⁰⁹, advierte que podría darse el caso de que el *accipiens* incorpore a su inmueble cosa ajena recibida en virtud de un error del *tradens*, esto es, una entrega indebida por parte de quien erróneamente pensaba que debía la cosa. En este caso, el *tradens* tampoco recupera el valor de la cosa de conformidad con el artículo 360 C.c. Considerando que la incorporación de la cosa mueble es una “pérdida”, la medida de la restitución no es el valor del artículo 360 C.c., sino la medida del enriquecimiento del artículo 1897 C.c. (si el *incorporante* es de buena fe). Para este autor la razón por la que en estos casos la recuperación sustitutoria no es el subrogado de la cosa, radica en que es el propio dueño de la cosa mueble (materiales de construcción) el que provoca por su errónea actuación el enriquecimiento injusto

pérdida) y los frutos percibidos (los efectivamente percibidos y no los que hubiera debido percibir). GARCÍA VICENTE, op. cit. pág. 9275.

¹⁰⁵CARRASCO PERERA, *Comentarios...*, op. cit., pág. 8208. En tal caso, *la obligación se perpetúa en forma de pretensión por el equivalente económico del cumplimiento en especie (resarcimiento de los daños y perjuicios)*. En idéntico sentido, NAVARRO CASTRO, op. cit., pág. 100.

¹⁰⁶GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., “Comentario al artículo 1124 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 8213 y ss. La facultad restitutoria es uno de los remedios legales de tutela del acreedor ante el incumplimiento de la otra parte en contratos de obligaciones recíprocas. Esta autora describe la resolución como un supuesto de ineficacia sobrevenida del contrato válido. Con esta afirmación se diferencia de los supuestos de invalidez (nulidad y anulabilidad) De la rescisión (artículos 1290 y 1291 C.c.), porque en ésta el perjuicio que la desencadena se encuentra ya en el presente momento de la celebración del contrato, aunque no determine su invalidez inicial. La resolución, en principio es el remedio cuya eventualidad depende de que después de la celebración del contrato válido, se produzca el incumplimiento. La resolución exige según abundante jurisprudencia (con cita de muchas otras vid. STS de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921) y STS 13 de marzo de 2009 (Tol 1474927), los siguientes requisitos: 1) Que se trate de un contrato de prestaciones recíprocas; 2) que el demandado de resolución haya incurrido en incumplimiento grave resolutorio; y suele añadirse, es necesario que 3) el demandante haya cumplido lo que por su parte le incumbe. También, Díez Soto, C., “Comentario a la STS de 9 de julio de 1991. Compraventa de inmuebles. Obligación de otorgar escritura pública de venta. Exceptio non adimpleti contractus. Cláusula penal”, en *CCJC*, nº 26, 1991, pág. 688, manifiesta que la falta de cumplimiento de las obligaciones *inter partes* podrá justificar que se deniegue el cumplimiento de las propias obligaciones (exceptio non adimpleti contractus), o que se opte por la resolución del contrato, para el caso que concurren los requisitos exigidos para ello.

¹⁰⁷ NAVARRO CASTRO, op. cit., pág. 100.

¹⁰⁸ GARCÍA VICENTE, op. cit., pág. 9146 y ss.

¹⁰⁹ CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 253.

del *dominus soli (accipiens)*.

B. Adquisición a non domino¹¹⁰

Hacemos referencia al supuesto de hecho en que el *dominus soli* ha empleado materiales de construcción ajenos, adquiridos de quien no es su verdadero dueño¹¹¹, aunque lo pareciere y creyere¹¹². En tal caso, el artículo 360 C.c., está en una relación directa

¹¹⁰ENNECERUS, KIPP, y WOLFF, op. cit., pág. 402 y ss. Narra los antecedentes históricos con todo detalle, lo que nos ayuda a entender el origen de la adquisición a *non domino*, así: “En Roma no alcanzaba la propiedad el que adquiría a *non domino*, y de nada servía haber creído sin culpa, que el enajenante era el propietario; tenía que restituir la cosa adquirida al verdadero propietario. En Derecho alemán medieval regía igual principio, en cuanto a las cosas que hubieran salido de la posesión, sin la voluntad del poseedor y, en particular, las cosas robadas o perdidas; el desposeído podía exigir en cualquier momento su restitución. En cambio, el que voluntariamente hubiere hecho dejación de su “Gewere” sobre la cosa, por ejemplo, la hubiera dado en comodato, depósito, arrendamiento o prenda, sólo podía exigir la devolución a la otra parte contrayente, el tercer adquirente, si bien no adquiría la propiedad, alcanzaba una posesión inatacable. “Donde hayas dejado tu confianza, allá la has de buscar” (“Wo du deine Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen” “Que una mano guarde a la mano” (“Hand wahre Hand”). Después de la recepción, el principio romano llegó a ser derecho común y subsistió hasta 1900. Pero en muchos derechos particulares se conservó el principio jurídico alemán (Rostock, Hamburgo, en derecho francés, austriaco y suizo...), aunque en la mayor parte de ellos con dos modificaciones: 1) bajo la influencia de los principios romanos sobre la usucapión, la protección al tercer adquirente se condicionó a su buena fe; 2) la exclusión de la acción posesoria sobre muebles se transformó en pérdida de la propiedad, la posesión inatacable del adquirente se elevó para convertirse en propiedad. La distinción que el derecho germánico establecía entre cosas extraviadas y cosas abandonadas voluntariamente se mantuvo sobre todo en derecho francés; de él pasó al antiguo Código de comercio (artículos 306 y 307) y de éste al Código civil (§§ 932-935)“.

¹¹¹FERNÁNDEZ DE VILLACENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M^a C., *Venta de cosa ajena: ¿validez o nulidad?*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 14 y ss. Una vez planteado el supuesto, manifiesta esta autora, convendrá pararse a analizar qué ocurre cuando se desconoce el dato de la ajenidad; concretamente, si se puede seguir afirmando, como ha sido habitual, que no importa si en el momento de celebrar el contrato la cosa pertenece al vendedor o a un tercero. Afirma que, ciertamente, no importa en cuanto a su posibilidad en abstracto, dado el sistema del título y modo, ni incluso su calificación como compraventa, pero plantea dudas de que se pueda afirmar lo mismo en cuanto a la consideración de válido del concreto contrato celebrado. Porque cuando la cosa es ajena, los términos del contrato son hoy, diferentes a cuando la cosa es propia del vendedor y esto debe, para la normalidad de la operación, ser tenido en cuenta por las partes. Afirma que esa situación efectivamente creada no es la prevista y habrá que encontrarle remedio. La autora hace un exhaustivo recorrido jurisprudencial, elaborando dos bloques de soluciones jurisprudenciales las que están a favor de la validez del contrato y las que fallan en contra. A favor: las SSTs de 5 de julio de 1958, de 31 de diciembre de 1981, de 27 de mayo de 1982, de 13 de octubre de 1984, de 28 de noviembre de 1986, de 1 de julio de 1987, de 14 de octubre de 1991, de 16 de noviembre de 1992. Declaran la ineficacia, por error o vicio invalidante del consentimiento, las STS de 15 de octubre de 1973, de 4 de enero de 1989, y de 6 de julio de 1992; por concurrencia de dolo, las STS de 26 de octubre de 1981; por falta del objeto, las SSTs de 25 de febrero de 1972, de 9 de mayo de 1980, de 25 de marzo de 1988 y de 11 de abril de 1992; por problemas de la causa, las SSTs de 14 de marzo de 1983, de 19 de diciembre de 1985, de 25 de marzo de 1988; niegan eficacia transmisiva y valor de cumplimiento a la entrega realizada por no dueño, las SSTs de 26 de marzo de 1984, de 31 de octubre de 1990 y de 17 de noviembre de 1992.

¹¹²Porque si el *dominus soli* adquiere materiales a sabiendas del que los vende no es propietario, obraría de mala fe y no estaría protegido por el artículo 464 del Código civil. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 4.

de dependencia con el artículo 464 C.c.¹¹³ que protege al adquirente de cosa mueble de buena fe frente a la reivindicación del verdadero dueño¹¹⁴ (“donde hayas dejado tu confianza, allá la has de buscar”)¹¹⁵.

Para CARRASCO PERERA, la relación entre ambos preceptos se define como de *residualidad* del mandato del artículo 360 C.c., respecto del artículo 464 C.c. El propietario de una cosa mueble que no ha sido perdida o sustraída ilegalmente¹¹⁶ no puede reivindicarla del poseedor de buena fe. Al propietario no le basta con la prueba de su título y de la ausencia de título por tercero, sino que tiene que demostrar que la cosa se le perdió o que fue privado ilegalmente de ella¹¹⁷. Por tanto, el ámbito normativo del artículo 360 C.c. está determinado precisamente por el espacio donde la posesión adquirida de buena fe no es equivalente a título.

En definitiva, y con respeto a otras interpretaciones, de la confrontación entre el artículo 360 C.c. y el artículo 464 C.c. se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Si el vendedor de los materiales no era propietario sino solamente depositario, arrendatario o administrador, y el *dominus soli* adquirió de buena fe, nos encontramos ante una adquisición irreivindicable, es decir, con la entrega o *traditio* de los materiales comprados, se adquirió su propiedad y, por tanto, la construcción se realizaría con materiales propios y no ajenos. Ahora bien, como advierte NÚÑEZ BOLUDA, todo ello sin perjuicio de las acciones del depositante o *dominus materiae* para proceder contra la persona en la que depositó bienes y confianza, que incluso podría estar legitimado activamente frente al *dominus soli*, no ya por vía del artículo 360 C.c., sino por subrogación en los derechos de quien transmitió al edificante para el caso de que éste no hubiere pagado el precio de compra y concurrieren los requisitos de la acción subrogatoria¹¹⁸.
2. El artículo 360 C.c. entra en juego eliminando la posibilidad de reivindicar, y concediendo el correlativo derecho de repetición, si el *dominus soli* conoce que

¹¹³El artículo 464, dice: “La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podría reivindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella. Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos. En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio”.

¹¹⁴CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, op. cit. pág. 254

¹¹⁵“Wo du deine Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen”, también “Hand wahre Hand”, traducido: “que una mano guarde a la mano” en ENNECERUS, op. cit., pág. 402.

¹¹⁶GRIMALT SERVERA, P., “Comentario al artículo 464 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 3768 y ss.

¹¹⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 255, añade y “no hubiere usucapido”, pero la propiedad de los materiales se extingue con su incorporación al suelo, luego no se pueden adquirir por usucapión del *dominus incorporante*.

¹¹⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 91.

quien transmite los materiales no es su dueño¹¹⁹, en cuyo caso, estaríamos ante un *dominus soli* de mala fe que no resultaría protegido por el artículo 464 C.c. Igualmente, tampoco alcanzaría tal protección y entraría en juego el artículo 360 C.c., cuando el verdadero propietario pruebe que la cosa mueble le ha sido sustraída o que la ha perdido, siempre que como advierte CARRASCO PERERA, no se den alguna de las siguientes circunstancias: que el derecho del actor haya prescrito (1962-1º); o que se pruebe que se adquirió como mercadería en almacenes o tiendas abiertos al público (artículos 85 del Código de Comercio en relación con el 464-4º C.c.), a las que añade una tercera, que el poseedor (*dominus soli*) haya usucapido (artículos 1955, 1956 y 1960 C.c.). Circunstancia esta última que no podemos admitir porque el *dominus soli* adquiere desde el momento de la incorporación al suelo, quedando extinta la propiedad de los materiales y por ende siendo imposible usucapir lo que no existe.

C. La incorporación de mueble (materiales) sometido a reserva de dominio

CARRASCO PERERA analiza, partiendo de la consideración tradicional de la reserva de dominio como condición suspensiva de la tradición en la compraventa, la espinosa cuestión del “destino” de la cosa poseída por el comprador, y centra la cuestión en el supuesto donde ese destino no es otro que la incorporación a un inmueble en la forma prevista en el artículo 360 C.c.

Se plantea la posibilidad de que si la cosa vendida pertenece al vendedor hasta el total desembolso del precio y que el comprador mientras tanto no tiene más que un derecho en expectativa o *ius ad rem* sobre la misma, la incorporación de la cosa mueble (materiales) por el comprador a su inmueble podría ser considerada incorporación de cosa ajena del artículo 360 C.c.¹²⁰

Ha sido, dentro de la doctrina española, el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹²¹, el que se ha enfrentado a la calificación de la reserva de dominio en nuestro Derecho con carácter general, y en particular, con ocasión de su consagración legal en la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles¹²². Ha desarrollado y adaptado a nuestro sistema ideas formuladas con anterioridad por autores alemanes como FLUME¹²³,

¹¹⁹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 256.

¹²⁰Afirma CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 259, que éste es el planteamiento clásico de la doctrina alemana sobre la reserva de dominio, y consecuentemente, con él los autores germánicos estiman que en base al § 946 del BGB, el vendedor pierde la propiedad de la cosa.

¹²¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La cláusula...» cit.; CASTELL MARTÍNEZ, L., “La cláusula de reserva de dominio” *RCDI*, N° 488, 1972, págs. 201 a 206.

¹²²Ley que enfoca el problema de la garantía del pago del precio aplazado sobre dos instituciones: de un lado la cláusula de reserva de dominio, que es de estipulación voluntaria *inter partes*, y que afecta a la transmisión de la propiedad, sometiéndola a la condición suspensiva del pago total del precio aplazado. Y de otro lado, la prohibición de disponer que tiene carácter obligatorio en dichos contratos, y por la que se prohíbe al comprador disponer de la cosa hasta el total pago. CASTELL MARTÍNEZ, op. cit. pág. 201.

¹²³FLUME arranca de la aplicación a estas ventas de los §§ 160 y 161, que entroncan con el juego de la condición, y aunque su argumento pueda atacarse con el hecho de que en la realidad el comprador

SERICK¹²⁴, RAISER¹²⁵, BLOMEYER, WIEACKER, MAYER¹²⁶, prestando particular atención a la mantenida por los tres últimos, especialmente por BLOMEYER¹²⁷ y equipara, en nuestro Derecho, la reserva de dominio a la constitución de un derecho de prenda sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria, en la que la falta de pago del precio actúa como condición resolutoria de la propiedad del comprador que se adquiere en el momento de la tradición. Añade CARRASCO, que se trataría de una prenda en todos los sentidos, a la que resultaría de aplicación la prohibición de pacto comisorio (artículo 1859 C.c.)¹²⁸, de tal modo que su cumplimiento implicaría la conversión del objeto por su equivalente económico mediante la realización de su valor en pública subasta (artículo 1872 C.c. y 16 de la Ley de Venta a plazos de bienes muebles)¹²⁹.

Ahora bien, sentado lo anterior, consideramos que la incorporación por parte del comprador de la cosa mueble vendida bajo reserva de dominio nada tiene que ver con el supuesto de hecho previsto en el artículo 360 C.c., siendo varias las razones que justifican esta postura.

Partimos de la poca probabilidad de un supuesto de hecho integrado por una venta mueble en la que se somete a reserva de dominio objetos que por su propio destino van a servir de materiales de construcción, dato obvio que el vendedor no puede desconocer. Es más, la reserva no podría implicar prohibición de destinar el objeto (cubierta de

adquiere de inmediato la posesión de la cosa vendida, lo evita este autor con la conocida distinción entre posesión inmediata en concepto distinto del de dueño y posesión mediata en concepto de dueño. Postura analizada por CASTELL MARTÍNEZ, op. cit., pág. 201.

¹²⁴SERICK, defiende la teoría de que el comprador sometido a reserva de dominio, es titular de un derecho en expectativa. Cuyo inconveniente más insoslayable es su artificiosidad, al considerar que el comprador tiene una expectativa de derecho de propiedad, cuya consecuencia es que ante cualquier problema que pueda plantearse siempre se resolverá a favor de la propiedad. CASTELL MARTÍNEZ, op. cit. pág. 201, critica su postura señalando “que hoy en día la dogmática es mucho más práctica y menos amiga de hipótesis fantásticas o de interpretaciones ad libitum de los juristas.

¹²⁵RAISER acepta la teoría del Derecho en expectativa pero avanza, ya que configura tal expectativa como un auténtico derecho real, y aunque en Alemania rige el criterio de *numerus clausus*, entiende que lo que se pretende es sustraer a la autonomía privada la creación de nuevos derechos reales y no el que pueda crear y admitir nuevas categorías de Derechos reales, por creación jurisprudencial o doctrinal. RAISER entiende que hay una copropiedad concretada en la dimensión temporal de este derecho real que es la expectativa y que se prolonga durante todo el tiempo del pago del precio, y cuya consecuencia es que atribuye al comprador la posesión en concepto de dueño, negando la posesión del vendedor. Para él el hecho de que el comprador no sea propietario no le impide poseer como tal. CASTELL MARTÍNEZ, op. cit., pág. 201 y 202.

¹²⁶Estos tres últimos autores (BLOMEYER, WIEACKER, MAYER) se inclinan por la asimilación de la reserva de dominio a un derecho de prenda *sui generis*, posición que BERCOVITZ considera más coherente y que da lugar a que él defienda esta tesis, mostrándola como la más aceptable en el Derecho español. CASTELL MARTÍNEZ, op. cit., pág. 202.

¹²⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 259.

¹²⁸CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 1859 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. IX, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 12760 y 12761.

¹²⁹Para CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 260. Esta idea se encontraría avalada por la dicción de lo dispuesto en la ley para el supuesto de incumplimiento de la obligación de pago del deudor, al reconocer al vendedor la preferencia que los artículos 1922-2º y 1926-1º del Código civil reconocen al acreedor prendario, coincidiendo además con lo establecido en el artículo 10 de la LHM, y 918 del Código de Comercio.

nave industrial, vigas, ladrillos, piedras...) a su normal función económica¹³⁰.

Es más, el comprador no sería un constructor de buena fe o mala fe del artículo 360 C.c. y la postura del vendedor tampoco se correspondería con la del *dominus materiae*, ni con su derecho a ser compensado en el valor de la cosa irreivindicable con base en el principio *superficies solo cedit* en aras de evitar un enriquecimiento injusto. Precisamente sería lo contrario, el traspaso posesorio se ha producido a consecuencia de un contrato, donde el *tradens* tiene un derecho originario al precio (que no se corresponde necesariamente con el valor de la cosa del artículo 360 C.c.), y, en caso impago, la frustración de su pretensión provoca el nacimiento de un derecho de recuperación “in natura”, bien en ejercicio de su pretensión resolutoria, bien como efecto del ejercicio de la reserva con el fin de realización de la cosa objeto del contrato en un procedimiento liquidatorio. Y, precisamente, por extinción del objeto al ser incorporado a un inmueble, el derecho al equivalente económico no es sino la propia acción de cumplimiento, esto es, la reclamación de precio más daños.

D. Recapitulación relativa a la figura del *dominus soli* incorporante. El “por sí” del artículo 360 C.c.

De acuerdo con todo lo afirmado, y una vez analizadas las distintas hipótesis aquí expuestas alcanzamos la conclusión¹³¹, de que el ámbito subjetivo comprendido de la expresión “por sí” del artículo 360 C.c., comprende dos tipos de *dominus soli*-constructor con material ajeno:

1. El artículo 360 C.c. va referido al “usurpador” en el sentido más amplio de la palabra; a aquellos supuestos en los que el propietario del suelo emplea materiales ajenos a sabiendas de que lo son, porque los robó, los hurtó o se apropió de ellos indebidamente. En esta hipótesis estamos ante un constructor en suelo propio con material ajeno de mala fe.
2. Será de aplicación el artículo 360 C.c. cuando el propietario del suelo, sea tercer poseedor de la cosa mueble incorporada, siempre que esta no fuese ya irreivindicable por otro concepto¹³². El tal caso el *dominus soli* será un incorporante de buena o mala fe según ignore o conozca la ajenidad de los materiales.

¹³⁰CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 260.

¹³¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 262.

¹³²Para CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 255, entrará en juego el artículo 360 C.c., cuando el *verus dominus* pruebe que la cosa de mueble le ha sido sustraída o que la ha perdido, siempre que no se den alguna de las siguientes circunstancias: que el derecho del actor haya prescrito (1962-1º); que se pruebe que se adquirió como mercadería en almacenes o tiendas abiertos al público (arts. 85 del Código de Comercio en relación con el 464-4º del Código civil); o que el poseedor (*dominus soli*) haya usucapido (artículos 1955, 1956 y 1960 C.c.). Última circunstancia que rechazamos porque no se puede usucapir lo que no existe.

E. El tercero interpuesto. El “por otro” del artículo 360 C.c.

La norma contenida en el artículo 360 C.c., permite su aplicación a supuestos en los que no sea el propietario del suelo el que incorpore materiales ajenos. Y sin embargo, la hipótesis se sigue regulando como construcción en suelo propio con materiales ajenos.

La expresión “por otro” del artículo 360 C.c., necesariamente supone¹³³: 1) que el hecho material de la edificación por un no propietario no lo sitúa en la posición de quien construye en terreno ajeno del artículo 361 y ss. C.c.; 2) que el constructor en suelo ajeno no se cualifica ni determina exclusivamente por el hecho de la incorporación en terreno que no es propio; 3) que el término construcción no se identifica con la realización material de la obra. En el artículo 360 C.c., la imputación al propietario del suelo del deber de abono al *dominus materiae* no se realiza con base al hecho mismo de la incorporación, punto que resuelve el principio *superficies solo cedit*, sino con referencia al enriquecimiento obtenido con ella. El realizador de la obra, puede quedar obligado a pagar pero no por causa de la accesión, sino por otro concepto, por el deber de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, por ejemplo, por haber usurpado materiales ajenos.

Por tanto, en determinados supuestos será complicado averiguar quién sea el “otro” del artículo 360 C.c. cuya construcción se imputa y se considera realizada por el *dominus soli*. Se entiende, que este precepto es de aplicación “lo mismo al propietario que al que hace sus veces, en lo relativo a la apropiación y empleo de los materiales”¹³⁴, es decir, se aplica tanto al *dominus soli* como a quien actúa por su cuenta, servidores de la posesión, obreros, empleados, auxiliares, o personas vinculadas por una relación de subordinación¹³⁵, también, al administrador de la finca, al mandatario, etc. Por ello se ha afirmado, que el servidor de la posesión o un elemento personal de la empresa del *dominus soli* no son poseedores del suelo, ni poseedores en concepto propio de la cosa incorporada, ya que la posesión de uno y otro se imputan al propietario del suelo y el Ordenamiento supone que la inmediatividad de la relación del dueño de la finca y el de la cosa mueble incorporada no se ha roto¹³⁶.

Las dudas se ciernen en torno a otras figuras. Por un lado, se cuestiona si tendrían cabida, en el “otro” del artículo 360 C.c. los casos en los que un titular de un derecho real o personal sobre suelo ajeno¹³⁷ como un arrendatario, usufructuario, usuario, habitacionista, o incluso un simple poseedor tolerado, realizan obras utilizando material propio, o ajeno, por sí, o por otro a su cargo¹³⁸. Y por otro lado, este mismo planteamiento se realiza respecto al contratista, y dentro de la normativa dedicada al arrendamiento de obra, se analiza el caso particular previsto en el artículo 1597 C.c.

Los interrogantes que se nos plantean son varios: 1) si estos terceros tienen cabida en el “por otro” del artículo 360 C.c., o son constructores del 361 C.c., en el supuesto

¹³³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 301.

¹³⁴SCAEVOLA, op. cit., pág. 299.

¹³⁵ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 363.

¹³⁶CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 302.

¹³⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 363.

¹³⁸FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3025.

de que empleen sus materiales en finca ajena, o por el contrario, quedan fuera del marco de la accesión inmobiliaria industrial; 2) para el caso de que se sirvieran de un tercero o emplearan materiales de un tercero, ¿romperían la inmediatez de la relación del artículo 360 C.c. y en tal caso, el *dominus materiae* solo podría dirigirse contra el *dominus soli* en la medida de la acción subsidiaria del artículo 365 C.c.?

Respecto al primer grupo de casos señalados, se entenderá que, las reglas del Código civil sobre accesión no son aplicables cuando quien construye por sí o por otro a su cargo es arrendatario, usufructuario, fiduciario, habitacionista, enfiteuta, superficiario, etc., quienes, aunque poseedores, no son terceros desvinculados del *dominus soli*, y cuentan con su propio régimen legal especial (cfr. artículos 487, 488¹³⁹, 1573 C.c., 23 LAU, 17 y ss. de la LAR, artículo 783 C.c, etc. . .), o pactado¹⁴⁰ (vgr., el arrendamiento *ad aedificandum*), pues *lex specialis derogat legi generali*¹⁴¹. En estos casos, el pro-

¹³⁹CLEMENTE MEORO, op. cit., págs. 3923 y ss. Es más la jurisprudencia, en aplicación al límite previsto en el artículo 487 C.c., respecto a la obligación de respetar la forma y sustancia de la finca usufructuada y a realizar sólo aquellas mejoras que no alteren tal forma y sustancia, ha considerado que ese límite sólo autoriza al usufructuario a realizar mejoras útiles o de recreo, no la reconstrucción de la finca, vid. STS 20 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5394), tampoco puede alterar el destino económico-social de la cosa cambiando estructura y cualidades objetivas de su configuración, vid STS de 27 de junio de 1969 (RJ 1969/3672). Es más, el usufructuario no tiene derecho a indemnización por las mejoras útiles, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 453 C.c., para el poseedor de buena fe respecto de los gastos útiles, ni por las de recreo; sólo tiene respecto a las mismas dos derechos: un *ius tollendi* o derecho a retirarlas si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes, y el de compensación de los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiere hecho. Vid. la STS de 29 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7831), según la cual la facultad de retirada carece de aplicación cuando las partes hubieren pactado lo contrario. Tampoco tiene el usufructuario el derecho de retención sobre el bien usufructuado, a diferencia de lo previsto en el artículo 502.3 del C.c. para el caso de que hubiera abonado los gastos correspondientes a las reparaciones extraordinarias, y en el artículo 453 C.c. para el poseedor de buena fe en la liquidación del estado posesorio respecto los gastos necesarios y útiles.

¹⁴⁰En tales casos el arrendatario conoce que no es dueño del suelo donde edifica, es más, si hay pacto de obrar a él hay que atender, y si en él no se dice nada sobre la posible indemnización por tales obras es cuando se debe acudir a la ley, sea especial o la común si se trata de una cuestión no prevista por norma singular, y en caso de no existir norma que la discipline, sería posible aplicar las normas de la accesión pero no el artículo 360 C.c., sino el artículo 361 C.c., por los efectos sanadores del artículo 364 C.c., ya que el inquilino-edificante sería a tales efectos de mala fe, por saber que la propiedad del suelo es ajena, y se compensaría con la mala fe del arrendador por tolerar la obra o permitir su realización a “su vista, ciencia y paciencia”. Así se recoge en la SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2008 (JUR 2008/119382), supuesto en el que el arrendatario ejercitaba acción de accesión invertida conforme a la jurisprudencia interpretativa del artículo 361 C.c. con el fin de que se declarara su propiedad sobre lo construido en finca que sabía era ajena con abono del pago del precio. La Audiencia dispone que “que la accesión nada tiene que ver con las obras o edificaciones realizadas por el arrendatario o usufructuario, que vienen reguladas por su específica normativa, esto es, por los artículos 1573 y 487 del C.c., y, en el caso de autos, después de firmar el contrato de arrendamiento de 1966, antes citado, el arrendatario edificó una construcción de planta baja. . .”. Vid. también la STS de 15 de octubre de 1962 (RJ 1962/3870). A este razonamiento hace referencia CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 174, nota. 15.

¹⁴¹Otra cosa es que el régimen de los artículos 360 C.c. pueda ser empleado con carácter supletorio en caso de defecto de régimen legal, o para el caso de que las partes así lo acordaran convencionalmente. Encontramos SSTS que aplican el régimen legal común sobre accesión a casos que en principio cuentan con una normativa singular; bien porque la relación contractual ya se había extinguido, permaneciendo,

pietario del suelo estará o no obligado a abonar en concepto de dichas obras según la relación real u obligatoria que le vincule con el poseedor responsable de la construcción¹⁴². El propietario cumple con estar a lo que establezcan las normas específicas y lo que no debe abonar al arrendatario como mejora no puede serle exigido como tercero con el que no le liga ninguna relación¹⁴³. Es más, el único supuesto excepcional en el que propietario de los materiales pudiera acudir contra el dueño del suelo en el que otro construyó, es el supuesto contemplado en el artículo 365 C.c., pero como se verá, aquí no hay relación jurídica entre *dominus soli* y quién incorporó los materiales, y además éste último actúa para sí y no para el dueño del suelo¹⁴⁴.

Idéntica es la respuesta que ofrece el Tribunal Supremo. Así en la sentencia de 20 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6323), frente a un intento de reclamación al *dominus soli* del importe de unas obras contratadas por el arrendatario, resuelve con rotundidad: “dada la relación fáctica aceptada por el propio recurrente de que el contrato de arrendamiento de obra fue convenido exclusivamente entre el actor y el arrendatario sin la intervención del propietario del local, es evidente que las obras han de ser satisfechas por quien las encargó, pero no puede ser responsable de su pago quien, como el propietario del local, es extraño a la relación jurídico material prevista en los artículos 1544 y 1599 C.c., y no se diga que indirectamente el favorecido por la obra es el propie-

no obstante, el ocupante en la propiedad ajena y realizando entonces labor constructiva, (vid STS de 30 de noviembre de 1900 y de 5 de marzo de 1959); bien porque precisamente en el contrato se había excluido la posibilidad de edificar, y sin embargo, el poseedor de la finca ajena construye (STS de 15 de enero de 1904 donde se había pactado la exoneración de pago alguno en caso de obra no permitida realizada por inquilino). Tomadas de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 176, nota. 20.

¹⁴²Llamaremos A al *dominus soli*, B al que construye y C al dueño de los materiales. B posee el fundo de A con base en un título que le da derecho a poseer, e incorpora en la finca poseída materiales de C; o bien contrata con C la realización de la obra. Puesto que B incorpora la cosa de C, que no está en relación con A en la hipótesis de quien puede obtener una compensación por construir en terreno ajeno según lo previsto en el artículo 361 y ss. C.c. al mediar un contrato C no podrá pretender contra A el reembolso según el artículo 365 C.c. A lo más, podrá recuperar la medida de su empobrecimiento según los principios generales del enriquecimiento. Más si B es, por ejemplo, un arrendatario rústico que tiene reconocido un *ius tollendi* respecto a las mejoras, C no podrá dirigirse ni tan siquiera por este concepto contra A, tampoco podrá hacerlo en el supuesto previsto en la Ley de Arrendamientos Rústicos vigente, donde el arrendatario rústico puede elegir entre retirada de la mejora o que el *dominus soli* le abone la misma. Si suponemos que sea el tercero C, el que realiza la obra por medio de un contrato con B, es de éste y no de A de quien debe recuperar su prestación, en base al principio de relatividad de los contratos, y en razón de la doctrina jurisprudencial de que el enriquecimiento se excluye ante la existencia de contrato. Si la construcción en terreno arrendado es una construcción debida por B a A como contraprestación por el goce del suelo, el enriquecimiento que obtiene el dueño es “justo” en razón a que la prestación patrimonial es una prestación derivada de un contrato, por lo que el tercero no puede reclamar contra A. En la medida de que B no es el “otro” del artículo 360 C.c., el hecho de tratarse de una prestación debida excluye cualquier pretensión de C contra A. Ejemplos expuestos y analizados por CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 315 y ss.

¹⁴³BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1483, considera que la causa de la adquisición descansa en la regulación de la relación que liga al propietario del suelo con quién incorporó el material ajeno. Esta atribución a favor del *dominus soli* (por ejemplo, la mejora incorporada por el arrendatario) no es gratuita; simplemente ha sido realizada con el riesgo asumido (o debido asumir) de quedar en favor de un patrimonio ajeno.

¹⁴⁴Para NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 99 y ss., es el *criterio de imputación de la actividad*.

tario del local, puesto que en primer lugar, falta la demostración de tal circunstancia, pero además la accesión artificial definida en el artículo 360 del mismo cuerpo legal atiende tan sólo para el supuesto de ausencia de una convención al respecto en orden a la ejecución de la obra que motiva dicha accesión artificial. . . ; es más, la literalidad del precepto atiende a la forma de realizarlo y a quien ha de llevarlo a cabo que no puede ser otro que el propio dueño u otro por mandato suyo, pero nunca un tercero sin acuerdo directo con el propietario y menos aún si es el dueño de los materiales que es el supuesto que aquí acontece”. En idéntico sentido, la STS 14 de febrero de 1998 (RJ 1998/984)¹⁴⁵ de SSAP de Las Palmas, de 15 de noviembre de 2008 (JUR 2008/119382) y de Lleida de 1 de julio de 1998 (AC 1998/1486)¹⁴⁶.

No obstante lo anterior, sí queda sometido al régimen de accesión un caso común que es excluido en ocasiones por no cumplir con el mínimo de aquel caso más particular del poseedor vencido en evicción¹⁴⁷. Es el supuesto de que la obra sea realizada por un simple detentador o por persona vinculada al *dominus soli* por lazos familiares o afectivos (hija, yerno. . .), esto es, un precarista para el cual no hay acuerdo, ni régimen legal especial, ni tan siquiera le resulta aplicable el régimen legal de liquidación posesoria de los artículos 453 y ss. C.c., precisamente, por no ser estricto poseedor, sino mero tenedor por tolerancia o beneplácito del *dominus soli*¹⁴⁸. Ahora bien, no nos

¹⁴⁵La STS de 14 de febrero de 1998 (RJ 1998/984), cuyo supuesto de hecho es el siguiente: una empresa constructora realiza obra consistente en la realización de una nave aneja a un hotel explotado por los arrendatarios. En el contrato de arrendamiento se hacía constar expresamente, como contraprestación a la explotación o utilización de la edificación (hotel) durante doce años sin pagar renta, que las obras serían costeadas por el arrendatario. El TS confirma la sentencia de instancia y da la razón a los codemandados-propietarios por entender que el arrendamiento había sido del tipo “*ad aedificandum*”, y por tanto la adquisición de las obras por el *dominus soli* tiene su origen en un contrato de este tipo sin que se haya producido el enriquecimiento sin causa esgrimido por la empresa constructora.

¹⁴⁶La SAP de Lleida de 1 de julio de 1998 (AC 1998/1486), resuelve un supuesto de obras contratadas por una empresa arrendataria a un tercero. Y aunque considera que se ha de estar a lo expresamente estipulado por arrendataria-contratante y empresa constructora cuando dice: “lo que tenga que abonar por lo construido es cuestión interna entre ellos” también añade que “nunca puede afectar al que de buena fe y pensando que construía en beneficio de una finca puso allí sus trabajos, y materiales, y después el propietario se queda con ellos sin abonar cantidad alguna”. Estima la pretensión del actor fundada en el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto.

¹⁴⁷Influencia del Code, cuyo artículo 555 habla de “*tiers évincé*” y del artículo 450.4 del Codice de 1865, tremendamente afrancesado, que se refiere al “*terzo che abbia sofferto evizione*”, no ya el artículo 936 del Codice vigente que utiliza la expresión genérica de “terzo”. COLIN y CAPITANT, op. cit., págs. 870 y 871; BORSARI, op. cit., págs. 193 a 197; PARADISO, op. cit., págs. 155 y 156.

¹⁴⁸En la jurisprudencia también encontramos casos en los que se niega la aplicación de las normas de la accesión a los supuestos en los que el *dominus soli* tolera la realización de obras por un familiar suyo, incluso su pareja sentimental, así las SSTS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898), de 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858), de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240), o la de la STAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2000 (JUR 2000/197973). Sí ha aplicado el régimen de la accesión la STS de 12 de febrero de 2002, que aclara que “es tercero y no propietario el yerno de la propietaria, que construyó en terreno de ésta” considerándolo de buena fe. Vid. el estudio jurisprudencial realizado por RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASTAÑOS CASTRO, P., “La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia”, *RCDI*, nº 740, 2013, pág. 3887. También aplican la normativa de la accesión a un supuesto de construcción por hijo de los propietarios de la finca la SAP de la Coruña de 9 de marzo de 2000 (JUR 2000/280526) y la STSJ Cataluña de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003/6764) que recurre al

encontramos ante un “otro” del artículo 360 C.c., sino que tal supuesto es subsumido en el artículo 364 C.c. y, como consecuencia de su poder sanador, será disciplinado por lo dispuesto en el artículo 361 C.c., pues el precarista-constructor conoce la ajenidad del terreno, lo que queda compensado con la pasividad o tolerancia del *dominus soli*¹⁴⁹.

En el segundo grupo de casos planteados, la hipótesis más clara es la del constructor que actúa en virtud de un contrato de obra celebrado con el propietario. Ningún problema plantea el supuesto donde la construcción se realiza *nomine proprio* por el propietario del suelo, aunque no la lleve a cabo materialmente, pero sí toma la decisión y realiza los gastos o inversiones necesarias, entre ellos, la aportación del material. En tal caso, el contratista será un mero intermediario en la construcción y el propietario abonará, no la cosa incorporada, sino en virtud de su contrato, la ejecución de la obra pactada.

Sin embargo, esta solución se torna menos clara si el contratista¹⁵⁰ es quien su-

artículo 278 de la Compilación Catalana (correlativo al artículo 361 C.c.) y lo aplica a un supuesto en el que con consentimiento del padre, su hija, tras casarse, construye una segunda planta sobre la casa del padre, cuya propiedad éste más tarde le reclama (al separarse de su esposa, madre de su hija, e irse a la primera planta a vivir). En idéntico sentido la STSJ Cataluña de 19 de febrero de 2004 (RJ 2004/1039). Actualmente tal solución está prevista en el vigente artículo 542-10 del Código civil catalán, como equivalente a nuestro 364 C.c., donde la buena fe del precarista lo es por compensación con la pasividad o permisividad del *dominus soli*.

¹⁴⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 176; LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 135; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 363. ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 286. Si bien entendemos que en tales casos por motivos de familiaridad o confianza más que de mala fe en ambas partes que se compensan estaríamos ante un contrato sin integrar.

¹⁵⁰DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 299, considera que el problema se hace agudo por la necesidad de otorgar una mayor protección al contratista por la escasa regulación del contrato de obra en nuestro Derecho y porque no aparece en él resuelto lo relativo a si en las obras inmobiliarias hay o no transmisión de la propiedad.

ministra los materiales¹⁵¹. Hay quien considera¹⁵² que si el contratista no sólo pone su trabajo sino también el material, la relación entre ellos sería hipotéticamente la del artículo 361 C.c., pero nunca la del 360, aunque finalmente, y de conformidad a otros autores DÍEZ PICAZO¹⁵³, BASOZABAL ARRUE¹⁵⁴, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA¹⁵⁵, NÚÑEZ BOLUDA¹⁵⁶, se concluye que, en tal caso, no nos encontraríamos ante un constructor que pueda ser calificado de buena fe del artículo 361 C.c. y que pueda pretender, por ello, el abono de las mejoras realizadas ya que la relación entre las partes ha sido prevista en virtud de un contrato, por lo que habrá que estar a esa concreta relación contractual.

No obstante lo anterior, advierte CARRASCO PERERA¹⁵⁷ que el verdadero problema se produce en caso de que el contratista emplee materiales de un tercero, porque en este caso el contratista podría ser un “otro” del artículo 360 C.c., y el *dominus materiae* podría dirigirse contra el propietario del suelo para el cobro de los materiales o incluso ser el tercero interpuesto del artículo 365 C.c. que utiliza materiales de otro, pudiendo el dueño de los materiales dirigirse subsidiariamente contra el dueño del suelo, en caso de insolvencia del constructor. Frente a ello consideramos, que cuando el contratista aporta los materiales, suyos o de un tercero, en virtud de un contrato de ejecución de obra, es éste quien responde de ellos por disposición de cosa ajena. El *dominus soli* se libera cumpliendo con su obligación en el contrato de obra, pues tal contrato de obra sería “causa”¹⁵⁸ de la adquisición de los materiales frente a la *condictio* del propietario

¹⁵¹El artículo 1588 C.c., incluye el contrato de obra con suministro de materiales, aunque doctrina y jurisprudencia se matiza su alcance acudiendo a diversos criterios que traen su fundamento del derecho comparado. Se ha recurrido al § 651 BGB, que diferenciaba según se tratase de cosas fungibles o no fungibles, para considerar que la producción de una cosa era venta u obra. Tras su reforma en el 2002 el BGB ya no distingue en función de la procedencia de los materiales, haciendo necesario abandonar la categoría del contrato de obra con suministro de materiales y rebautizar los contratos contemplados en el § 651 BGB como contrato de fabricación o de suministro de mercaderías. Este cambio del § 651 BGB se debe a la transposición de la Directiva 1999/44/CE al ordenamiento jurídico alemán. ALBIEZ DOHRMAN: «Comentario...» cit., págs. 11224. Continúa este autor, que en la práctica la calificación del contrato de obra como venta o como obra con suministro de materiales dependerá de la voluntad e intención perseguida por las partes. A falta de acuerdo, se han de valorar debidamente las obligaciones que se asumen en el suministro de materiales. Si la obligación consiste principalmente en una obligación de hacer, donde el mayor esfuerzo se dirija a la consecución de un resultado, el contrato es de obra. Si, por el contrario, la obligación más importante es la de dar una cosa. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido estableciendo criterios para determinar cuándo un contrato con suministro de materiales es de obra o de venta. Vid. SSTS de 25 de abril de 1980 (RJ 1980/1561), de 7 de julio de 1982 (RJ 1982/4220), de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993/3400), 18 de abril de 1995 (RJ 1995/3422), y de 4 de mayo de 2007 (2007/2820). Su estudio permite concluir que ha de estarse al examen de cada caso concreto y atender a criterios tales como asunción del riesgo, la entidad de la prestación de hacer y de dar, así como la actividad posterior a la entrega tendente a garantizar el resultado.

¹⁵²CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 302 y 303.

¹⁵³DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 299.

¹⁵⁴BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1483.

¹⁵⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 173.

¹⁵⁶NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 4.

¹⁵⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 303.

¹⁵⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., págs. 1482 y 1483.

de éstos, siempre que el contrato de obra fuere válido¹⁵⁹. Tampoco nos encontraríamos ante el supuesto contemplado en el artículo 365 C.c., ya que el mismo descarta la relación jurídica entre *dominus soli* y quién incorporó los materiales que además actuaba para sí y no en interés del *verus dominus*.

Relacionado con lo anterior está el supuesto contemplado en el artículo 1597 C.c.: “los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”. Supuesto caracterizado por la excepción del principio general del artículo 1257 C.c., al permitir la acción de reembolso¹⁶⁰ y cuyo ámbito de aplicación sería el excluido por los artículos 360 y 365 C.c.

Así, y para un más claro entendimiento, supongamos que A es el dueño del suelo-promotor o dueño de la obra, B el contratista y C el subcontratado (de partidas de obra o suministrador de materiales)¹⁶¹. La relación de B y A está motivada por un contrato de obra, de modo que el artículo 1597 C.c. quedaría excluido (también el artículo 360 C.c.) si la relación de B y A deriva de un título que concede un determinado *ius possidendi* a B. Por ejemplo, B es el arrendatario de la finca y subcontrata con C la realización de una partida. De igual modo, la relación B-C, también tiene su origen en un contrato, aunque no lo exprese el precepto citado, pero así se desprende de las fuentes, concretamente el Code en su artículo 1798, habla de albañiles, carpinteros, obreros, y el TS incluye cualquier tipo de contrato por el que C haya realizado prestación a B, esto es, C es un suministrador de materiales¹⁶² o un prestador de servicios:

¹⁵⁹Para el caso de que el contrato no sea válido, habrá que estar a lo dispuesto en el análisis de los apartados anteriores.

¹⁶⁰DÍEZ SOTO, C., “Comentario a la STS de 28 de enero de 1998. Ejercicio por subcontratista de la acción directa regulada en el artículo 1597 C.c. No basta el mero requerimiento notarial de retención de deuda dirigido al comitente. Pago por letras de cambio.”, en *CCJC*, nº 48, 1998, pág. 954, destaca, que la viabilidad y la eficacia de la acción directa contemplada en el artículo 1597 C.c. está supeditada al hecho de que, en el momento de la reclamación realizada por el titular de la misma al comitente, éste aparezca como deudor del contratista. Dato que permite considerar a la acción del artículo 1597 C.c. como uno de los ejemplos clásicos de las llamadas “acciones directas imperfectas” caracterizadas por la transcendencia que en ellas asume la consideración del momento en que su titular las ejercita. De forma que el acreedor directo se ve expuesto a la eventualidad de que la eficacia de su derecho se vea reducida o incluso excluida en virtud de actos que determinen la disminución o extinción de la deuda del comitente frente al contratista.

¹⁶¹Entre el contrato de obra, el subcontrato de obra y demás que se celebren existe una conexión no sólo económica sino también jurídica. La Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción limita en su artículo 5.2 la cadena sucesiva a tres subcontratos, quedando prohibida cualquier subcontratación sucesiva posterior, prohibiendo (letra d) al tercer subcontratista, subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo, y la letra e, prohíbe al trabajador subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos. Esta ley establece límites que no comprenden la subcontratación de aportación de materiales. En definitiva, con el artículo 5.2 de la Ley, el cuarto subcontratista no dispone de acción directa, ni el subcontratista que lo sea de un trabajador autónomo o de un subcontratista que sólo pone mano de obra en los términos de la letra f, del artículo 5.2. ALBIEZ DOHRMAN: «Comentario...» cit., pág. 11226.

¹⁶²En contra el Tribunal Supremo que niega acción directa en caso de contrato de suministro de materiales. Vid. la STS de 8 de junio de 2011 (RJ 2011/5009). El Tribunal Supremo considera que la acción directa del artículo 1597 C.c. sólo se puede ejercitar en contratos de obra, del tipo que sean, no

un arquitecto¹⁶³, un carpintero, un estucador, un cerrajero, etc.

En definitiva, la relación entre B y C es de corte contractual y la acción directa¹⁶⁴ que se le concede frente al *dominus soli*, es una excepción a la fuerza relativa de los contratos¹⁶⁵. Recogida en la expresión “el deudor de mi deudor es también mi deudor”¹⁶⁶.

Por tanto, frente a la hipótesis del artículo 360 C.c., la acción de C contra A, no viene a compensar un enriquecimiento injusto como consecuencia de la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, sino que es una cobertura, por razones de equidad¹⁶⁷, a la insolvencia del intermediario, en definitiva, una especie de crédito privilegiado. Es más, “el otro” del artículo 360 C.c. (también “el tercero” del 365 C.c.) no tiene cabida en el supuesto contemplado en el artículo 1597 C.c., no sólo por la razón ya apuntada de que éste último conlleva la existencia una relación jurídica inter partes, sino también por la medida de la prestación sustitutoria, dado que la frustración de su pretensión en caso de incumplimiento por el contratista de su obligación de pago, le concede acción directa contra el *dominus soli*, no referida al sólo valor de los materiales, sino al *debitum*¹⁶⁸ de C respecto a B (*verus dominus*-contratista)¹⁶⁹.

al contrato de suministros de materiales.

¹⁶³Vid STS de 26 de septiembre de 2012 (Tol 2661126).

¹⁶⁴Explica ALBIEZ DOHRMAN: «Comentario...» cit., pág. 11292, que en los primeros momentos de vida del Código civil, la doctrina trató de explicar la acción del artículo 1597 C.c. como una acción de naturaleza subrogatoria, próxima a la acción del artículo 1111 C.c. Y ello por influencia francesa. Hoy teoría muy minoritaria, seguida entre otros por CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 322. También podemos encontrar en alguna sentencia del Tribunal Supremo que recoge tal postura, así las SSTS de 29 de junio de 1936 (RJ 1936/1491), de 29 de octubre de 1987 (RJ 1987/7484 y de 29 de mayo de 1994 (RJ 1994/3572). Sin embargo, hoy es doctrina jurisprudencial consolidada, que la acción del artículo 1597 C.c. es un acción directa que implica una excepción al principio de relatividad de los contratos. Así se contempla en las SSTS de 27 de julio de 2000 (RJ 2000/9179, y de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8924).

¹⁶⁵DÍEZ SOTO, op. cit., pág. 955, manifiesta, que la acción contemplada en el artículo 1597 C.c. es el resultado de la ponderación de los intereses en juego, esto es, la conveniencia de fortalecer la posición del acreedor directo, ofreciéndole la posibilidad de dirigirse contra un patrimonio distinto del de su contratante (contratista), aunque añade, que tal especialidad, no puede llevarse hasta el extremo de situar al dueño de la obra (en este caso, *dominus soli*) ante el riesgo de pagar dos veces la misma suma.

¹⁶⁶CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 322.

¹⁶⁷En cuanto a su fundamentación, es postura mayoritaria el recurso a la equidad, la búsqueda de la solución justa y apropiada (SSTS de 2 de julio de 1997 [RJ 1997/5474], y de 19 de abril de 2004 [RJ 2004/1563]), ya apuntada en su día por GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T III, art. 1538, 1852, pág. 488, “El artículo es una escepción al rigor y disposiciones generales del derecho: no habiendo contratado sino con el empresario, contra ese sólo deberían dirigir su acción; pero la equidad no permite que el empresario se enriquezca a espensas de los que, bajo su garantía, contribuyeron a la ejecución de la obra. Este favor de la ley no debía ir, ni va a perjudicar al propietario, que ha pagado por entero al empresario”.

¹⁶⁸La responsabilidad del dueño de la obra, propietario del suelo, se limita al *máximum* de lo debido por el contratista al subcontratado. Así lo determinan SSTS de 6 de junio del 2000 (RJ 2000/ 4402), de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2009/133), en esta última la cuantía del crédito se había establecido previamente en un proceso arbitral.

¹⁶⁹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 322. Para él esta imputación de la actividad del “otro” al *dominus soli* se va a realizar con independencia de que este tercero actúe en nombre propio o en nombre de

Las razones esgrimidas por la doctrina para discernir cuándo alguien que construye en terreno ajeno es un “otro” del artículo 360 C.c., y no un constructor para sí del artículo 361 C.c., o persona ajena al marco de la accesión, son fundamentalmente dos: por un lado, el criterio de la imputación de la actividad¹⁷⁰ al dueño del suelo¹⁷¹, esto es, el “otro”¹⁷² comprende a aquellos cuya actividad, el resultado económico de la misma, se atribuye al *dominus soli*¹⁷³. Así, por ejemplo, si el contratista incorpora material ajeno (puesto a su disposición por el *dominus soli*), el dueño de los materiales podría dirigirse contra el propietario del terreno¹⁷⁴ y exigir su valor. También el mandatario¹⁷⁵ será un “otro” del artículo 360 C.c., incluso cuando su actividad representativa

aquél. Para este autor no es correlativo “actuación en nombre ajeno” y “efectos directos en la esfera del representado”. Lo justifica con cita del artículo 1717-2º in fine C.c. y el 281 del C de C que admiten un efecto directo en el patrimonio del representado (*dominus negotii*) en supuestos de representación indirecta. Vid. también GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Comentario al artículo 1717 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 11736 y ss.

¹⁷⁰DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 298, se refiere a aquellas personas que actúan por y para el *dominus soli*, el cual realiza *nomine proprio* la construcción, porque aunque no la realice personalmente sí que toma la decisión y realiza los gastos o inversiones necesarias.

¹⁷¹Es el propio dueño quien tiene voluntad de que se construya en su suelo, no es suficiente su aquiescencia a que otro obre en su suelo sin oponerse, ya que ésta sería la mala fe de artículo 364 C.c. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 188.

¹⁷²Esta manera de actuar no para sí sino para el *dominus soli*, es la que separa los campos de aplicación del “por otro” del artículo 360 C.c. respecto al supuesto contemplado en el artículo 365 del mismo Código. Y las consecuencias son muy importantes porque si se aplica el artículo 360 C.c., el *dominus soli* no puede renunciar a la accesión, sino que debe pagar el valor de los materiales, sin perjuicio de que responda por los daños y perjuicios irrogados el que actuó de mala fe o sin autorización del *dominus soli*. En cambio, aplicando lo previsto en los artículos 361 a 365 C.c., el *dominus* puede renunciar a la accesión, puede eximirse de pagar lo construido obligando al constructor a pagarle el precio del terreno que le transmite. En caso de mala fe por el edificante puede exigir derribo a costa de quien edificó, o puede si lo prefiere quedarse con la obra sin pagar nada. Ahora bien, si el edificante de mala fe empleó materiales de tercero y resultara insolvente el *dominus soli* tendrá que pagar el valor de los materiales al *dominus materiae* siempre que haya obrado de buena fe y el *dominus* no haga uso de la facultad que le confiere el artículo 363 C.c. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 100.

¹⁷³CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 304. SCAEVOLA, op. cit., pág. 299. Considera este último que el artículo 360 C.c. es de aplicación “lo mismo al propietario que al que hace sus veces, en lo relativo a la apropiación y empleo de los materiales”, es decir, se aplica tanto al *dominus soli* como a quien actúa por su cuenta, servidores de la posesión, obreros, empleados o auxiliares vinculados por una relación de subordinación, también al administrador de la finca, mandatario, etc. ALOSNSO PÉREZ, op. cit., pág. 363, coincide en la toma de postura, al afirmar que el “el empleo de materiales puede hacerlo personalmente el interesado o sirviéndose de auxiliares, dependientes, empleados (relación de subordinación, servidores de la posesión) e incluso administradores...” y deja abierta y sin resolver la cuestión respecto a la obra realizada por titulares de un derecho real distinto del propietario, como el usufructuario, usuario, habitacionista, o persona con la que media relación contractual: arrendatario, contratista de obra, etc.

¹⁷⁴DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 299.

¹⁷⁵Vid. artículo 1717 C.c. (equivalente al 246 C.Com para la comisión mercantil) que reza: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante”. La seguridad del tráfico y la protección de la confianza obligan a considerar protegido al tercero frente a pactos internos de heteroeficacia que no le fueron dados a conocer, ofreciéndole como garantía el principio de relatividad de los contratos que

suponga para él su giro o tráfico, esto es, frente al *dominus materiae*, el hecho de que el mandatario realice actividad empresarial es indiferente en la medida en que el uso del material ajeno se va a imputar en beneficio del *dominus soli*¹⁷⁶. También, hay quien incluye en el “por otro” del artículo 360 C.c., al gestor de negocios ajenos sin mandato (*negotiorum gestio*)¹⁷⁷, al considerar necesario únicamente el *utiliter coeptum*, esto es, que la gestión se haya llevado a cabo para utilidad del *dominus soli* con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1889 C.c.) y sin necesidad de ratificación posterior por el mismo. Se entiende, que no haría falta que de tal actuación derive utilidad para el *dominus soli*, no se exige un resultado útil, sino sólo intencionalidad de producir esa utilidad. “Siendo así, (concluye) los efectos de la gestión se producen en el dueño del suelo por imperativo legal”.

Por otro lado, CARRASCO PERERA, señala como segundo criterio, el de la posesión. Es éste el factor que considera “original” para cualificar el concepto de tercer constructor en suelo ajeno, frente al “otro” del artículo 360 C.c. Refiere que según la

se consagra en el artículo 1257 C.c. (también *a sensu contrario* en el artículo 1725 C.c.). Y este es el sentido que expresan los Principios Europeos de Derecho de Contratos, en concreto el artículo 3:102: “Cuando un intermediario actúa por cuenta y representación de otro pero no en su nombre o cuando el tercero lo ignora y no tiene motivos para saber que el intermediario está actuando como representante, se aplicarán las reglas de la representación indirecta”. GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 11.737.

¹⁷⁶La Teoría Clásica defendida entre otros por CASTÁN y NÚÑEZ LAGOS, limita el concepto de representación al de representación directa, aquella en la que además de los requisitos de: legitimación para actuar en esfera ajena, negocio jurídico representativo, sustitución del representado y consentimiento de éste por vía de poder o de ratificación, se exige la *contemplatio domini*, esto es, la actuación en nombre ajeno (*agere in nomine alieno*). Se deduce de la propia literalidad del término que las partes conocen la existencia de un *dominus* detrás de la actuación del representante. En el caso del artículo 1717 C.c., el mandatario se obliga directamente en favor de la persona con quien ha contratado. Aunque hay quienes defienden que se exceptúa tal regla en el caso en que se trate de cosas propias del mandante. La doctrina está dividida entre los defensores de la Teoría Clásica, defendida entre otros por NÚÑEZ LAGOS que considera que, ni siquiera en tal excepción se da el efecto directo por dos razones: la primera porque si las partes ya conocían que las cosas eran propias del mandante, entonces hay *contemplatio domini* y por ende representación directa. Y segundo, si no lo sabían y el tercero lo descubre después, entonces no hay acción directa porque no se pretendió que la hubiera en principio, y lo que procede a lo sumo es una acción para reclamar el enriquecimiento injusto. Frente a tal planteamiento, surge la Tesis Moderna, defendida por DÍEZ PICAZO y DE CASTRO, que sostienen que la representación indirecta es verdadera representación porque puede producir efectos directos entre el *dominus* y el tercero sin necesidad de un contrato posterior traslativo de los mismos. Así opina DE CASTRO, que en el caso del artículo 1717 C.c., cuando se trata de cosas propias del mandante, si las partes lo sabían, no sería necesaria regulación específica porque, en efecto sería un caso de representación directa, igual que ocurre en el caso del artículo 287 del C.Com en donde las partes no pueden saber que el representante es tal porque si no, ex artículo 285 C.Com, no tendría responsabilidad alguna. <http://www.notariosyregistradores.com/oposidores/REVISADOS/26-CIVIL.htm> (28-04-2016). La doctrina moderna y la jurisprudencia se hacen eco de esta segunda interpretación, esto es, el hecho de que el mandato se articule sobre “cosas propias del mandante” vendría a sostener un supuesto de representación directa porque existiría *contemplatio domini ex re factis circumstantiis*, un supuesto de notoriedad del carácter ajeno del asunto gestionado derivado de la naturaleza del bien o del interés deducido en el negocio. En tales casos no hay que hacer especial mención del nombre del principal porque a ambas partes les consta a nombre de quién se contrata. En este sentido las SSTs de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/3751) y de 3 de enero de 2006 (RJ 2006/130).

¹⁷⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 99 a 101.

tradición del Derecho común¹⁷⁸ y la ratio que yace en la previsión del artículo 361 C.c., el tercer constructor es un tercer poseedor con ánimo de dueño¹⁷⁹ que tras la construcción ha sido vencido por la reivindicación¹⁸⁰. Es el poseedor que tiene derecho a ser protegido en su posesión y a cobrar las mejoras de conformidad a los artículos 453 y ss C.c. Sin embargo, este segundo criterio diferencial, no puede ser sin más admitido. Ya que en nuestro Derecho, el concepto posesorio no es determinante para la protección posesoria. Es poseedor el mero detentador de hecho que une al *corpus* un cierto *animus* posesorio, esto es, es poseedor tanto el que detenta el *ius possidendi* en una posesión justa como el que la detenta de modo indebido. El Código civil protege el mero hecho de poseer, al que posee en concepto distinto de dueño (artículo 432 C.c.), al que disfruta de la cosa en nombre de otro (artículo 431 C.c.), e incluso, al mero poseedor natural (artículo 432 C.c.).

Una vez sentado lo anterior, hemos de reconocer que, el concepto posesorio, aunque no es determinante por la razón expuesta, sí resulta útil por dos motivos: por un lado, nos permite descartar que cualquier tercero unido al *dominus soli* por una relación tal que excluye de aquel la cualidad de tercer poseedor con ánimo de dueño, pueda ser un constructor en suelo ajeno¹⁸¹. Y por otro, nos permite englobar en el “otro” del artículo 360 C.c. al servidor de la posesión y al representante, como únicas figuras que quedan fuera de la protección posesoria.

5.3. La consecuencia jurídica

5.3.1. La transmisión dominical. Fundamento y significado del principio “*superficies solo cedit*”

Una vez llevada a cabo la construcción o realización de obras (también la plantación), en suelo propio con materiales ajenos, el artículo 360 C.c., no dice que el dueño del suelo adquiera la propiedad de los materiales que ha incorporado¹⁸².

La ausencia de una referencia expresa a la atribución de la propiedad sobre el resultado de la unión, ha sido utilizada para mantener, en primer lugar, que la propiedad de los materiales ha de resolverse a favor de la posibilidad que tiene su propietario de retirarlos. Por ello, destaca ALONSO PÉREZ, que la razón intrínseca del artículo 360 C.c. se inspira en el Derecho romano¹⁸³ que trataba de evitar, siempre que le fuera

¹⁷⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 304.

¹⁷⁹Conforme a lo dispuesto en el artículo 555 del Code, y por su influencia, conforme al anterior artículo 450.4 del Codice de 1865, que hablaban de “tiers evincé” el primero y de “terzo che abbia sofferto evizione”. No ya el Codice actual que utiliza la expresión genérica “terzo”.

¹⁸⁰También por una acción de petición de herencia del verdadero *dominus* con quien jamás se ha mantenido relación jurídica válida, consistiendo, así su buena fe en ignorar el vicio que representaba su título adquisitivo de propiedad. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 170 y 171.

¹⁸¹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 304.

¹⁸²FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3026. También NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 97 y 98.

¹⁸³El primer cometido de sus jurisconsultos tras la unión, era deslindar el derecho respectivo de cada

posible, la accesión con el fin de que no se produjese esa especie de “expropiación”¹⁸⁴ sufrida por el *dominus materiae*. De esta forma, el derecho a retirar los materiales se considera preferente a cualquier otra solución¹⁸⁵, y no hay accesión en el supuesto de que puedan ser retirados sin perecimiento o menoscabo¹⁸⁶, esto es, no hay accesión en la segunda hipótesis contemplada en el artículo 360 C.c.¹⁸⁷.

En nuestro Código, cuando es posible la separación de las cosas, no entra en juego el principio *superficies solo cedit*¹⁸⁸, si bien es posible, que habiéndola, por inseparabilidad de la unión, ésta sea renunciada, por voluntad del dueño de la cosa principal¹⁸⁹, el *dominus soli* (artículo 361 C.c.). Pero en el supuesto que nos ocupa (artículo 360 C.c.), cuando la unión es separable, se concede al dueño de los materiales sólo el derecho de

uno de los propietarios y si la unión resultaba irreversible, el derecho a reivindicar del propietario quedaba latente, en suspenso, en tanto en cuanto persistiere la unión, salvo que la misma se hubiera realizado a sabiendas, dada la repugnancia instintiva romana a la mala fe, admitiendo, en tal caso, la adquisición definitiva de la propiedad por el dueño de la cosa principal.

¹⁸⁴ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 360 y 361, nota 3.

¹⁸⁵FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3026. En este sentido se pronuncia el TS en su sentencia de 18 de febrero de 1971 (RJ 1971/1342) que reza: “aunque el recurrente hubiera logrado demostrar que, efectivamente, dichas construcciones eran meramente provisionales, y que podía retirarlas sin menoscabo —supuesto que se prevé en el párrafo 2º del art. 360 C.c. y que no es caso de verdadera accesión porque ésta requiere que la unión sea de modo inseparable— sin embargo, con ello solo no podría obtenerse la casación de la sentencia recurrida, pues tendría que completarse ese ataque con otros motivos, en los que se pusiera de relieve la infracción legal que dicha sentencia cometía al desestimar la demanda fundándose en esa característica de la cualidad de definitiva de las obras”.

¹⁸⁶Para DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 300, a *sensu contrario*, los requisitos para que opere la accesión en el artículo 360 C.c. son dos: 1. Incorporación irreversible de materiales. 2. Imposibilidad de separación sin menoscabo o perecimiento. MEDINA DE LEMUS, M., “Comentario al artículo 360 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, Coord. J. Rams Albesa, T. III, Barcelona, 2001, págs. 189. Vid. también, PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, “Consideraciones...”, op. cit., pág. 53 y ss.

¹⁸⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 360 y 361, nota 3. También LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 135, para el que el segundo apartado del artículo 360 C.c. no constituye una excepción al primero, porque la accesión exige unión inseparable, y en este segundo apartado tal unión indisoluble no se produce.

¹⁸⁸Así se observa en los artículos 353, 360 *in fine* C.c. y también fuera de la accesión industrial inmobiliaria, en el artículo 378 C.c. La cuestión de si a pesar de ser posible la separación cabe la adquisición de la propiedad por accesión, también ha sido discutida por la doctrina, que toma como punto de partida el Derecho romano, donde junto a los casos de accesión propia —unión de la que resulta un *corpus quod continetur uno spiritu*—, en la que la adquisición de la propiedad es definitiva, encontramos una accesión impropia o provisional —unión de la que resulta un *corpus ex coharentibus o ex contingentibus*— en la que el dueño de la cosa unida podía pedir la separación ejercitando la *actio ad exhibendum*, y sólo en caso de no ejercitarla podría llegar a adquirir el dominio el *dominus soli*. Algo similar al sistema hoy empleado por el Codice, en el que se distingue el régimen de accesión según, previamente a su declaración, sea posible o no, la separación de la obra incorporada al suelo (cfr. artículos 935 y 936). De modo que, si es posible la separación, el Codice contempla una posible accesión por voluntad del dueño de la cosa principal o por decadencia de ciertos plazos concedidos al dueño de la accesoria si, aun siendo posible la separación, no la reclama (por desidia o desinterés). PARADISO, op. cit., págs. 191 y ss.

¹⁸⁹Cfr. Artículo 363 C.c. y en materia de accesión mobiliaria 379. II.C.c. Ahora bien, la renuncia a la accesión ganada puede operar por la voluntad del dueño de la cosa principal, que en sede inmobiliaria es el *dominus soli*, o bien puede venir impuesta *ex lege*, (cfr. Art. 378. II, fuera ya de la accesión industrial inmobiliaria).

retirada de los mismos, y al *dominus soli* la sola facultad de exigir la separación.

Así, si el *dominus soli* conviene hacer suyos los materiales y paga por ellos, nos encontraríamos ante un negocio jurídico voluntario, ajeno al marco de la accesión y al *superficies solo cedit*¹⁹⁰. Es más, si el *dominus materiae* no ejercitase su *ius tollendi*, y abandonara los materiales, y el dueño del *solum*, finalmente, optase por hacerlos suyos, la adquisición dominical se produciría no por accesión, sino por ocupación, ya que al ser abandonados los materiales, éstos se habrían convertido en *res nullius*¹⁹¹.

Para el supuesto de que no resulten separables los materiales, sin sufrir deterioro o menoscabo la obra realizada¹⁹², la doctrina se encuentra dividida. Se discute el fundamento que debe darse a la adquisición de los materiales por parte del dueño del suelo y el significado que en tal supuesto adquiere el principio *superficies solo cedit*. Cuestión que se torna complicada, porque nuestra tradición jurídica había respetado el derecho del *dominus materiae* a recuperar los materiales en caso de ruina (también en otras hipótesis en las que se hubiera producido la separación de los mismos), al considerar que, el dominio quedaba en situación de quiescencia o *dominium dormiens*¹⁹³.

En primer lugar, nos encontramos con un sector doctrinal¹⁹⁴, que sostiene que el artículo 360 C.c. no contiene una regla de atribución de la propiedad sobre las cosas

¹⁹⁰Estaríamos ante una derogación del principio de accesión al existir un título negocial. PARADISO, op. cit., págs. 21 y ss.

¹⁹¹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 124. Más, como advierte CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 186, carece de sentido exigir a las cosas sin dueño un particular tipo de adherencia física, ya que fuera cual fuese el tipo de unión exigida, nadie existiría para ejercer el *ius tollendi*, caso de que la unión no se hubiera dado.

¹⁹²La indivisibilidad de lo construido procede no sólo por no poder hacerse la división “por imposibilidad física, por dificultades arquitectónicas, sino también por el considerable perjuicio económico que tal división supondría”. Vid. la STS de 27 de enero del 2000 (RJ 2000/126).

¹⁹³ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 360, nota 3, se cuestiona por qué ha de continuar el *dominus soli* adueñándose de unos materiales de los que se apropió indebidamente. Y considera justo incluso compensar *in rem verso*, si éste le abonó los materiales en la medida que ahora le sean útiles o en la cuantía en que el dueño del terreno experimente una pérdida definitiva. Ahora bien, como límite a esta reivindicación entiende que si el *dominus soli* actuó de buena fe cuando los incorporó a su *solum* la usucapción ordinaria actuará inexorablemente en su ventaja, siempre que concurren sus requisitos legales (arts. 1940, 1941, 1957 C.c.). El resto de la doctrina: MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 187, SCAEVOLA, op. cit., pág. 300 CARRASCO PERERA op. cit., pág. 195, SÁNZ FERNÁNDEZ op. cit., págs. 149 y 150, mantienen la posibilidad de la reviviscencia de la propiedad de los materiales a favor del que fue su dueño siempre que éste no haya sido indemnizado, tanto para el caso contemplado en el artículo 360 como el supuesto del 361 del Código civil. SCAEVOLA, op. cit., págs. 300 y 301, habla de doble derecho de elección que concede el artículo 360 C.c. al *dominus materiae*: el de retirar los materiales en todo caso en que no padezca menoscabo la obra construida, edificada o plantadas, y por tanto, en el caso de ruina del edificio, o que se muestre satisfecho con el percibo del justo valor dado a los materiales invertidos. En idéntico sentido el artículo 2305 del anterior Código portugués, al que da una redacción nueva el artículo 1339 del Vigente Código portugués. CARVALHO MARTINS, op. cit., pág. 113 y DE OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., pág. 305.

¹⁹⁴ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 288, que defiende que el pago del valor de los materiales puede entenderse como una construcción sinalagmática suficiente para entender consumada la transmisión de la propiedad. Esta autor junto a CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 109 y ss., 193, 194, y 250, son padres de la expresión “sólo se adquiere por accesión cuando se paga por accesión”. Siguiéndolos BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., págs. 1484 y 1485.

incorporadas sino unas reglas de restitución de valor en función del supuesto de hecho descrito, esto es, plantación, construcción o realización de obras en suelo propio con material ajeno. Para este sector, el precepto se formula como un mandato de pago, y no como técnica de adquisición de la propiedad¹⁹⁵, de tal modo que la adquisición de los materiales estaría condicionada al previo pago de los materiales¹⁹⁶, “sólo se adquiere por accesión cuando se paga por accesión”.

La propiedad de los materiales no vendría así determinada por la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*. CARRASCO PERERA entiende que, ésta regla no cumple “ni primera, ni fundamentalmente, una función de atribución de bienes”, sino que el artículo 360 C.c. es un límite a la acción reivindicatoria motivada por la extinción jurídica del objeto, con la incorporación a un inmueble¹⁹⁷. En términos parecidos BASOZABAL ARRUE¹⁹⁸ considera razonable entender que, el artículo 360 C.c. no está resolviendo la cuestión sobre la propiedad de los materiales, “no es una regla de atribución del derecho de propiedad, sino una norma que, una vez constatado que se da el hecho obstativo a la reivindicación, reconoce el derecho a que se abone el valor de los bienes que no pueden restituirse: una norma, por tanto que no prejuzga el problema jurídico real sobre la propiedad de los materiales”.

En cambio, para otro sector doctrinal¹⁹⁹ la adquisición de la propiedad sobre los

¹⁹⁵FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3028.

¹⁹⁶Postura defendida firmemente en la doctrina italiana por DE CRESCENZIO, SIMONCELLI, CAPORALI, BIANCHI y DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Vol. I. *Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, 4ª edición, traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 612, nota 1. Para DE RUGGIERO la adquisición de la propiedad está condicionada al pago del valor, “de lo que se deduce que en tanto éste no haya sido abonado la propiedad continúa en el propietario primitivo con la grave limitación (impuesta por el interés público) de que no se destruyan los cultivos ni se deforme la ciudad con ruinas, por lo que la reivindicación se suspende en tanto dura la conjunción y puede solo ejercitarse cuando ocurra la separación”. En contra cita a BRUGUI, BARASSI, y CHIRONI.

¹⁹⁷CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 111 y 112.

¹⁹⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1484 y 1485

¹⁹⁹SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. III, *Derechos reales*, segunda edición, Madrid 1900, pág. 95. Considera que si se edifica de buena fe en terreno con materiales ajenos “el edificio cede al suelo”, pero el dueño de los materiales tiene que reintegrar el valor de los materiales para evitar un enriquecimiento injusto; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 360, nota 3, critica arduamente la postura de CARRASCO PERERA, en los siguientes términos: “tanto circunloquio y explicación rebuscada, lo que hacen es ocultar la sencillez de la norma presentada por nuestro legislador: ni mandato de pago, ni ejercicio de acción reivindicatoria por el dueño de los materiales, ni sustitución de ésta por acción personal al interrumpirse la *reivindicatio*. . . El legislador se limita a decretar la accesión en beneficio del propietario de conformidad con la regla general ex arts. 350, 353, 358, etc. Esto es lo que pienso yo que dice nuestro Código. Hablar de otras cosas y, sobre todo, de que el artículo 360 es *un momento de la acción reivindicatoria*, o que ésta es el *presupuesto de este artículo*, es querer que el precepto diga lo que no dice y está muy lejos de decir. Abonar el valor de los materiales incorporados, consumir o no la accesión según sea el grado de unión y las consecuencias de la separación, o hacer que reviva el dominio de la cosa accesorio, poco o nada tienen que ver con el mecanismo y finalidad de la acción reivindicatoria”; BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Comentario...» cit., pág. 511; LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 135; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 300 y ss. y NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 11. Considera esta autora que la falta de mención expresa no debe ser interpretada como falta de adquisición de la propiedad de los materiales por el dueño del suelo. Lo considera superfluo e inne-

materiales se atribuye al propietario del suelo en virtud de las normas que disciplinan la accesión y, fundamentalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 358 C.c., precepto que consagra el principio *superficies solo cedit*²⁰⁰.

Consideran que la adquisición automática²⁰¹ de la propiedad de los materiales por el *dominus soli*, explica mucho mejor que éste deba pagar su valor, ya que tal obligación no tendría razón de ser si no hubiera aún adquirido la propiedad sobre los mismos²⁰². De modo que, no es posible ejercitar la reivindicatoria porque los materiales ya no son de su anterior dueño sino que han pasado (*superficies solo cedit*) a ser propiedad del dueño del *solum* con el que forman un solo objeto de derecho. Así de tajante se manifiesta LÓPEZ VILAS cuando afirma: “En definitiva, producida la accesión en beneficio del *dominus soli* por ser irreversible y definitiva la incorporación e integración de los materiales ajenos en la plantación, construcción u obra, el enriquecimiento se consolida como definitivo y el legislador lo palía o reequilibra en este art. 360 con la regla o criterio de una compensación económica. . . ”²⁰³.

La falta de mención expresa en el artículo 360 C.c. no puede ser interpretada como falta de adquisición de la propiedad sobre las cosas incorporadas, ni como accesión postergada y condicionada al pago. El artículo 360 C.c. se limita a completar, con sus especificaciones, la regla recogida en el artículo 358 C.c., que deja resuelto el problema de atribución de la propiedad. Más, la interpretación histórica del precepto nos da la razón, pues ha experimentado una progresiva simplificación desde su originaria redacción en el Proyecto de 1836 hasta el Código vigente y, precisamente, se ha eliminado una parte fundamental, que da respuesta a la cuestión que nos ocupa²⁰⁴.

En su primera redacción, el artículo 679 del Proyecto del Código civil de 1836, establecía que “si alguno plantase o edificase en terreno propio con semillas o materiales ajenos, aquéllos y éstos le pertenecerán por accesión, pero habrá de pagar el valor de ellos y además podrá ser condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado”. Una redacción similar, en la que se destaca el efecto adquisitivo, se mantiene en el artículo 403 del Proyecto del Código civil de 1851, cuyo párrafo primero disponía: “El que sembrare, plantare o edificare en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unas y otras; pero estará obligado a pagar su valor, y además será condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, si

cesario porque la adquisición de la propiedad por el *dominus soli* está formulada con carácter general en el primero de los artículos que el Código civil dedica a la accesión, esto es, en el artículo 353, según el cual la propiedad de los bienes da derecho “de propiedad” a todo lo que se les une o incorpora. Vid. también HERRERA DE LAS HERAS, R., “El ejercicio de la acción reivindicatoria y las presunciones legales a favor del demandante”, en *Diario La Ley*, N.º 8567, 2015.

²⁰⁰El legislador se limita a consagrar la accesión en beneficio del *dominus soli*, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 350, 353 y 358 C.c., porque no tiene otra solución en el ámbito jurídico real, salvo que se hubiera establecido la accesión invertida. Pero añade que, esta última vía no entra en la lógica del Código civil de 1889. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 360, nota 3.

²⁰¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “El automatismo en la accesión inmobiliaria”, *RCDI*, N.º 729.

²⁰²FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3027.

²⁰³LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1014.

²⁰⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La accesión horizontal...*, op. cit., págs. 301, 302 y 315.

hubiere procedido de mala fe”. Sin embargo, será el artículo 363 del Proyecto de 1882 el que lleve a cabo la simplificación de la redacción del proyecto, eliminando la referencia expresa a la adquisición de la propiedad por accesión: “El propietario del suelo que hiciere en él plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios”.

Eliminación que no obedece a la voluntad del legislador de establecer una accesión condicionada al pago, ¿qué sentido tendría diferir la accesión si quien decide es el propio *dominus soli* que por sí o por otro construye? Es él quien ya ha demostrado su voluntad de querer los materiales empleados en la realización de la obra en su propio suelo, bien, porque los creía suyos, o por lo contrario, porque aun sabiendo que no lo eran, los empleó, siendo por tanto evidente su voluntad de apoderamiento. Parece más adecuado pensar que fueron razones de técnica legislativa, al considerar tal expresión innecesaria, por reiterativa de lo previamente proclamado en el artículo 358 del Código actual, las que aconsejaron abreviar su redacción, omitiendo la expresión “adquiere la propiedad de unas y otros”. Quizá, también se deba a un intento por seguir más fielmente al Código francés (artículo 554), cuya letra, aunque tampoco contiene referencia expresa a la adquisición de la propiedad, sí recoge fielmente el espíritu de POTHIER, que tras enunciar su primera regla para la defensa del carácter principal del suelo sobre lo construido, advierte que: “Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el de todos los materiales empleados: *quin aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii*. Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado”²⁰⁵.

En definitiva, la adquisición de la propiedad²⁰⁶, como consecuencia jurídica del artículo 360 C.c. se produce una vez realizada la incorporación. El *dominus soli*, en todo caso, adquirirá la propiedad con independencia de que haya obrado con buena o mala fe²⁰⁷. Las consecuencias de su estado gnoseológico serán otras, junto a la obligación de pago del valor de los materiales, podrá concurrir la de indemnización por los daños y perjuicios irrogados, e incluso, podría haber incurrido en responsabilidad penal por

²⁰⁵POTHIER, op. cit., págs. 110 y ss. El texto completo del que luego se plasmaría en los artículos 554 y 555 del Code, equivalentes a nuestros 360 y 361 C.c. es el que sigue: “Como primer ejemplo de esta regla puede citarse el caso en que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un solo todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; porque el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar sobre el que se ha levantado. Por cuya razón el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión, *vic ac potestate rei meae*, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice Gaius: *Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium cujus et solum est...* Igual puede decirse en caso contrario. Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el de todos los materiales empleados: *quin aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii*. Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado”.

²⁰⁶DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 300.

²⁰⁷NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 100.

la comisión de un delito (apropiación indebida, hurto, robo, etc.).

En todo caso, lo que no permite el artículo 360 C.c. es, por un lado, que el *dominus materiae* exija la destrucción de lo edificado alegando la mala fe por parte del *dominus soli*. Opción que sí se contempla en el supuesto de construcción en suelo ajeno cuando el constructor haya actuado de mala fe, porque en tal supuesto, entiende la doctrina²⁰⁸, que el restablecimiento de las cosas a su estado originario anterior a la lesión de intereses ajenos, precisa ofrecer al *dominus soli* la facultad de exigir la demolición. Sin embargo, en el supuesto de construcción en terreno propio con material ajeno, el interés lesionado se ve satisfecho con una indemnización que le permita adquirir otros materiales equivalentes y cubrir los daños y perjuicios que le han sido causados. Y por otro lado, como afirma LACRUZ²⁰⁹, tampoco permite al *dominus soli* “pretender dar otro tanto en cosas de igual calidad”²¹⁰, ni la restitución de los materiales deshaciendo lo hecho²¹¹.

5.3.2. El pago del valor de los materiales y el resarcimiento de daños y perjuicios

El Código ordena al dueño del suelo beneficiado por la accesión, el pago de los materiales y, en caso de que hubiere obrado de mala fe, deberá también, reparar los daños y perjuicios causados. Siendo, por tanto, la buena o mala fe irrelevante a los efectos jurídico-reales derivados de la accesión²¹², quedando relegada a la sola determinación del importe de la deuda a satisfacer por el propietario del terreno.

La doctrina²¹³ es coincidente en que la obligación de abono del valor de los materiales es una deuda de enriquecimiento, mientras que, la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios es una deuda indemnizatoria. La primera nace de la atribución

²⁰⁸NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 96.

²⁰⁹LACRUZ, op. cit., pág. 135.

²¹⁰En idéntico sentido BORSARI, L., *Commentario del Codice civile italiano*, Vol. II, Roma, 1972, pág. 192. Entiende que el propietario del suelo no puede ofrecer al dueño de los materiales la restitución y constreñirlo a aceptarla si él no quiere. La ley dice que uno no tiene derecho de llevárselos y el otro debe pagar su valor.

²¹¹MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid, 1904, pág. 184.

²¹²DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 300.

²¹³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 102 y ss, es la única autora que se plantea la posibilidad de que estemos ante una sola deuda, originada por una sola causa, la accesión. Deuda que se apoyaría en un único precepto, el artículo 360 C.c., para exigir la correspondiente compensación económica, que unas veces alcanzaría solamente al valor de los materiales (buena fe en el *dominus soli*) y otras veces alcanzaría también a los daños y perjuicios sufridos por el dueño de los materiales (mala fe en el dueño del *solum*). Este planteamiento obedece a su toma de postura respecto al pago de ambas deudas. Para esta autora ambas indemnizaciones deben ser satisfechas por el enriquecido sin perjuicio de que éste después pudiera dirigirse frente a aquel “otro” que ha incorporado materiales con mala fe. En contra el resto de la doctrina que defiende que la deuda de abono de valor, como deuda de enriquecimiento, pesa sobre el propietario enriquecido, y la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios alcanza sólo al que utilizó los materiales, por ser él, el causante del daño.

por la incorporación indisoluble experimentada por el *dominus soli*, y, la segunda, del daño y de la culpa²¹⁴.

Sin embargo, respecto a la deuda indemnizatoria, es discutido qué persona ha de quedar obligada a su pago. Así un sector doctrinal²¹⁵ que parte de la presunción de buena fe del artículo 434 C.c., y del concepto de mala fe, entendido como el conocimiento de la ajenidad de los materiales, sostiene que aún en el supuesto en que el *dominus soli* actúe por un “otro” (empleado, operario, contratista...), la mala fe de este tercero perjudicará al propietario del suelo porque es a él a quien se atribuyen los efectos de la accesión, buenos y malos. Será él quien haya de pagar los daños y perjuicios al dueño de los materiales en todo caso, aunque después se dirija contra ese “otro” en reclamación del importe pagado y cuantos otros daños se hayan derivado de tal actuar culposo.

Contrario a tal postura, otro sector doctrinal considera²¹⁶, que la deuda de abono de valor, como deuda de enriquecimiento pesa sobre el propietario, que es en definitiva quien se enriquece. En cambio, la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios alcanza sólo al que utilizó los materiales, pues es él quien causa del daño, y por tanto, el que debe satisfacer según las reglas del Derecho de obligaciones (artículo 1106 C.c.) el perjuicio causado y el lucro impedido, amén de todos los daños y menoscabos que conocidamente se deriven de tal acto culposo²¹⁷.

A ello se añade, que entre la doctrina también se cuestiona, si la obligación indemnizatoria del artículo 360 C.c. deroga parcialmente las reglas de imputación subjetiva de la responsabilidad civil, al hacer responder sólo al que fuere responsable de “mala fe”. Es opinión mayoritaria que el artículo 360 C.c. no permite una interpretación excluyente del artículo 1902 C.c., sencillamente porque la buena fe no excluye la culpa como criterio general de imputación de la responsabilidad. Lo que hace el artículo 360 C.c. es presumir que todo comportamiento de mala fe es, además, negligente; lo que resulta hasta lógico teniendo en cuenta que la mala fe se identifica con el conocimiento de la ajenidad de los materiales. Se afirma²¹⁸ así, que el artículo 360 C.c. no supone una alteración de las reglas generales de imputación de la responsabilidad²¹⁹, sino que habrá que estar y analizar la concreta situación por la que se ha llegado a la incorporación de material ajeno, siendo muy difícil de probar, en la mayoría de los supuestos, la mala fe del *dominus soli*, como, por ejemplo, en el supuesto de adquisición a *non do-*

²¹⁴DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301. En idéntico sentido BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1484; LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1014; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 102; FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3029, etc.

²¹⁵NÚÑEZ BOLUDA, op. cit. pág. 102, añade que es el dueño de los materiales el que debe probar que el *dominus soli* conocía la ajenidad de los materiales.

²¹⁶DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 301, y siguiéndolo ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 362; LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1014; BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1484 y FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3029.

²¹⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 362.

²¹⁸BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1481.

²¹⁹NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 108, no ve razones suficientes para excluir la acción de daños en caso de buena fe por el *dominus soli*. Manifiesta que de conformidad al artículo 1902 C.c., si hubo daño imputable, el agente debe repararlo.

mino de materiales. Aunque, en este punto es necesario recordar que sobre el *dominus materiae* pesa la difícil losa de la carga de la prueba²²⁰, ya que se presumirá la buena fe del propietario del suelo, también se presumirá que la obra se ha realizado por él y a su costa, y que los materiales son, por tanto, suyos²²¹.

Respecto a la deuda de enriquecimiento, la restitución del valor de los materiales corresponde a la medida de reintegración del derecho de propiedad sacrificado²²² y es independiente de la idea de daño, como parece confirmar el propio Código²²³ al conceder adicionalmente, “además”, la acción indemnizatoria²²⁴.

La dificultad la encontramos en la determinación del momento al que se debe referir la valoración. MANRESA²²⁵ se pregunta si ha de atenderse al momento en que se emplearon los materiales o bien, al valor que tuvieron cuando su dueño plantea la reclamación.

Para algún autor, esta medida de restitución es objetiva y queda determinada por el valor que tuvieron los materiales en el momento de ser utilizados²²⁶. El derecho de crédito nace con el empleo de los mismos, desde que por la incorporación al *solum* no se pueden separar, si bien actualizados al día de cumplimiento de la obligación restitutoria por ser una deuda de valor²²⁷. Y es objetiva porque debe atenderse al valor de mercado, independientemente de que al incorporar, el *dominus soli* obtenga un enriquecimiento real inferior o superior²²⁸ al valor de los materiales empleados.

²²⁰BONET BONET, op. cit., págs. 115 y 116. Considera que de la interpretación conjunta de los artículos 359 y 360 C.c., se infiere que, si destruida mediante prueba en contrario la presunción del artículo 359 —de que las obras, siembras y plantaciones se estiman *iuris tantum* hechas por el propietario—, y demostrada por un tercero la pertenencia de los materiales empleados, tiene derecho a exigir su valor al propietario, y si éste hubiere obrado de mala fe (que también deberá acreditarlo), puede exigirle la indemnización de daños y perjuicios. En ambos casos el dueño de los materiales no tiene derecho a retirarlos, a no ser que en tal caso no sufran las obras menoscabo, y si se trata de plantas, que las plantaciones no perezcan, es decir, cuando no haya acesión.

²²¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., 364.

²²²Puntualiza NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 103, que el artículo 360 parte de la hipótesis que tales materiales no han sido pagados, de haberlo sido, ya no serían ajenos, sino propios del que los haya comprado por título de compra.

²²³El Código civil, como ya lo hizo el Proyecto de 1851, suprimió la exigencia del duplo del valor de los materiales que establecieron el Derecho romano (Inst. 2, 1, 29) y Las Partidas (3, 2, 16). Se muestra a favor de tal supresión GARCÍA GOYENA, op. cit., págs. 360 y 361, considera este autor, que el artículo 403 del Proyecto de 1851, similar al artículo 360 C.c., es más conforme a la equidad y a los principios generales del Derecho, condenando únicamente al pago del valor de los materiales en el caso de buena fe, y añadiendo la responsabilidad de daños y perjuicios en el de mala, ora se trate de plantaciones, u obras y edificaciones.

²²⁴BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1484.

²²⁵MANRESA Y NAVARRO, op. cit., pág. 185.

²²⁶BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1484.

²²⁷Su liquidación, cómo suele ser lo habitual en caso de desacuerdo se llevará a cabo en ejecución de sentencia. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 369 y 370. Este autor se aparta del criterio mayoritario expuesto respecto al momento en que ha de hacerse la valoración, dice: “habrá de valorarse no atendiendo al momento de la incorporación, sino al de interposición de la acción de enriquecimiento injusto”.

²²⁸Matiza BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1848, que el *dominus soli* no podrá alegar

Por el contrario, CARRASCO PERERA como defensor de la accesión diferida, entiende que el *dominus soli* debe indemnizar al *dominus materiae* el valor de la cosa mueble al tiempo de la reclamación. Sostiene que “en nuestro Derecho no existe diferencia entre el momento adquisitivo y el momento de pago de la deuda, puesto que aquella adquisición estará condicionada al pago”. Defiende que, el valor a indemnizar no es el precio que el *dominus soli* pagó por la cosa, ni el valor de la misma al tiempo de su empleo, sino el valor al tiempo del pago²²⁹.

Sin embargo, es opinión mayoritaria la de quienes, para efectuar la valoración, atienden al momento de la incorporación, por ser en ese instante cuando se produjo el enriquecimiento injustificado para el *dominus soli* y el correlativo empobrecimiento para el *dominus materiae*. Consideramos que sea este el momento correcto de valoración, sobre todo, si se piensa en la posibilidad de que el edificio, con posterioridad a la incorporación, se arruine, y no subsistan los materiales como tampoco el enriquecimiento del *dominus soli* al tiempo de la reclamación. El artículo 360 C.c., no contempla ni exige la subsistencia de la construcción al tiempo de la reclamación²³⁰.

Por último, en lo relativo al plazo de prescripción que debe ser aplicado a la acción de reclamación del valor de los materiales²³¹, nada dice el Código civil, de ahí que entendamos que ha de quedar sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales, previsto en el artículo 1964 C.c. (reducido de 15 a 5 años por Ley 42/2015 de 5 de octubre). Respecto a la acción para reclamar los daños y perjuicios irrogados al *dominus materiae*, habría que estar al plazo de prescripción de las obligaciones extracontractuales, de un año de conformidad a lo previsto en el artículo 1968.2º C.c.²³².

que existen bienes sustitutivos del utilizado más baratos. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 103, también considera que la valoración debe hacerse con referencia al momento de la incorporación, al ser en ese instante cuando efectivamente se produce el enriquecimiento y el correlativo. También, CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 113, considera que el *dominus soli* ha de pagar el valor de los materiales sin atender al minusvalor o plusvalor que haya obtenido el inmueble por la incorporación de materiales ajenos.

²²⁹CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 112 y 113. Añade que el propietario del terreno no puede eximirse del pago alegando el minusvalor que ha sufrido el inmueble por la incorporación del bien ajeno, pero tampoco está obligado a indemnizar el plusvalor que haya obtenido el edificio o el suelo propio como consecuencia de la incorporación. Y ésta es la diferencia esencial entre la construcción en suelo propio y en suelo ajeno (artículos 361 y ss. C.c.). En la primera, es irrelevante la proyección de la incorporación en el destino o funcionalidad del inmueble; se atiende únicamente al dato objetivo del enriquecimiento real del *dominus soli*. El cálculo del valor se independiza del inmueble. Sin embargo, en la construcción en suelo ajeno, el régimen indemnizatorio estará condicionado siempre por la circunstancia de que la incorporación realizada por el poseedor dará como resultado una finca mejorada.

²³⁰CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 113.

²³¹NÚÑEZ LAGOS, R., “La ratificación”, *Revista de Derecho Notarial*, 1956, enero-marzo, pág. 7 y ss; y en “la gestión de negocios ajenos”, en el *Código civil* de SCAEVOLA, T. XXX, Vol. I, redactado por NÚÑEZ-LAGOS, Madrid, 1957, pág. 185 y ss. Producido el desplazamiento patrimonial sin causa el Derecho concede acción para su restablecimiento, la *condictio* si el desplazamiento ha sido directo entre empobrecido y enriquecido, y la *actio in rem verso* si el desplazamiento ha sido indirecto, atravesando un patrimonio intermedio perteneciente a un tercero. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 100.

²³²Advierte NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 107, que la dualidad de plazos puede provocar consecuencias desagradables para el *dominus materiae*, al creerse amparado por un plazo mayor en ambas reclamaciones.

La brevedad del plazo en cuanto a la exigencia de reparación de los perjuicios irrogados se ve matizada por su cómputo. Ninguno de los dos plazos comenzaría a contarse desde la incorporación indisoluble, sino desde un momento posterior. Así, el plazo de prescripción de la acción de enriquecimiento, de acuerdo con el artículo 1969 C.c., se contará desde el día en que pudo ejercitarse. De igual modo, el *dies a quo*, para la acción de daños será aquel en el que se tuvo conocimiento de la “usurpación” y, consiguientemente, de los daños irrogados, esto es, desde que el *dominus materiae* se supo agraviado²³³ (artículo 1968.2º C.c.). Así lo precisa el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524).²³⁴

²³³NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 107 y 108.

²³⁴Sentencia que aunque referida a un caso de accesión invertida sienta el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en cuanto a prescripción se refiere, cuando manifiesta que el plazo establecido por el artículo 1968.2º del Código no ha prescrito porque a tenor del artículo 1969 C.c. “sólo se contará desde el día en que las acciones pueden ejercitarse, que aquí no puede ser otro sino aquel en que se acreditó el conocimiento de la invasión y consiguientemente de los daños que pudieran derivarse de la misma”.

Parte III

Excepciones y modalizaciones del principio *superficies solo cedit*

Preliminar: Tratamiento doctrinal de la cuestión

Sólo un adecuado enfoque a la crítica al principio *superficies solo cedit*, consagrado en el artículo 358 C.c.¹ y una clara visión de la legislación y del campo de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 C.c.), nos va a permitir dar una imagen real del principio analizado, acorde con las necesidades y conveniencias económico-sociales, exenta de exageraciones.

Si partimos del estudio de la fuerte crítica que la doctrina ha efectuado del principio *superficies solo cedit*, pronto se advierte que los autores centran su análisis, por un lado, en el problema de la vis atractiva del suelo, en la concentración de la titularidad que recae sobre él con respecto a todo lo que se encuentra por encima y debajo del mismo. Lo que se traduce en erigir al suelo en pieza clave de todo el sistema de normas referidas a la accesión². Por otro, defienden la mayor importancia económica de lo edificado respecto del solar, la utilidad social que el acto de construcción lleva siempre consigo, lo que necesariamente debería determinar un cambio de mentalidad: la inversión del principio *superficies solo cedit*, en el sentido de que sea la titularidad sobre lo edificado la que absorba la del suelo.

Desde esta visión, parece que el artículo 358 C.c. impone, con carácter general, que sea el propietario del suelo y no el autor del edificio construido, el único que acabe absorbiendo la titularidad de lo edificado encima y debajo del *solum*, porque en definitiva: sólo puede haber un titular, el *dominus soli*.

Si el principio *superficies solo cedit* se concibiese como norma absolutamente necesaria (de orden público), aplicable con carácter general, se estaría, en todo caso, coartando la posibilidad de disociar la propiedad inmobiliaria, cerrándose así las puertas a la necesaria vía de evolución en el mercado inmobiliario. Lo dicho nos plantea la necesidad de conectar la doctrina de la posible derogación de la accesión en beneficio

¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario a los artículos 353 y ss. C.c.», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. I, Edersa, Madrid 1990, págs. 331 y 332.

²ALONSO PÉREZ, M^A. T.: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 37 y ss. Vid. también DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Las relaciones jurídico-reales, El registro de la propiedad. La posesión*, Vol. III, 5^a edic., Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 285 y ss.

del *solum* con la siempre debatida y polémica cuestión de si la norma del artículo 358 C.c. es norma de *ius cogens* o meramente dispositiva.

El Tribunal Supremo, desde su STS de 27 de marzo de 1950 /RJ 1950/989), ha considerado que se trata de una norma “directa y obligatoria” (Vid. también la STS 27 de diciembre de 1980 —RJ 1980/4759—). La DGRN en su resolución de 19 de mayo de 1952 (RJ 1952/1627), dispuso que el artículo 358 C.c. “contiene, más que una presunción, una norma de derecho imperativo”.

En lo que respecta a la doctrina, “aparentemente” está dividida. Por un lado, están quienes defienden el carácter imperativo del principio *superficies solo cedit*, como JERÓNIMO GONZÁLEZ³, que sostiene que “El Código civil... vuelve a la doctrina romana pura, al regular el derecho de accesión respecto a los bienes inmuebles. En sus artículos 358 y 359, no sólo abandona las reservas que hace el artículo 553 del Código de Napoleón, sino que antepone a la presunción de que todas las obras, siembras y plantaciones han sido hechas por el propietario y a su costa, la declaración de que lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos...”. Más tarde insiste en esta idea cuando afirma que “baste la afirmación de que el Código mantiene con rigor el principio de accesión...”, aunque es preciso advertir que, en ese momento, no se encontraba regulada especialmente ninguna de las instituciones que hoy suelen considerarse derogaciones del mismo (el derecho de superficie o la propiedad horizontal).

Más significativa será, por tanto, la opinión de autores que se pronuncian con posterioridad, como ROCA SASTRE⁴ que sostiene que “el Código civil... en su artículo 358, así como el artículo 361, regula la accesión en forma que recuerda la rigidez romana”, para el autor “el Código mantiene la integridad de la propiedad de la finca edificada, pues, o lo edificado se lo queda el *dominus soli*, o se lo queda el constructor, lo que es indicio de la negativa del Código de permitir la posibilidad de la propiedad separada...”.

Entre los argumentos vertidos por este sector doctrinal en defensa del carácter imperativo destaca, principalmente, el de la literalidad de nuestros preceptos⁵, ya que ni el artículo 358 C.c., ni ningún otro en sede de accesión⁶, contempla expresamente la posibilidad de que los particulares puedan, por su sola voluntad, excepcionar lo que en ellos se preceptúa. Cosa distinta a lo ocurrido en otros ordenamientos jurídicos como

³GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “El derecho real de superficie”, *Conferencias pronunciadas en los días 21 y 28 de enero y 8 de febrero de 1922*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1922, págs. 83, 84 y 86.

⁴ROCA SASTRE, R. M^a., “Ensayo sobre el derecho de superficie”, en *RCDI*, 1961, pág. 12 y pág. 27,

⁵ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 50.

⁶ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 51, afirma que no solo en sede de accesión sino que respecto a cualquier norma del Ordenamiento que regula otras materias que pueden afectar al principio *superficies solo cedit* se aprecia un respeto escrupuloso a tal principio. Y pone como ejemplo el respeto a tal principio en sede de propiedad horizontal.

el francés⁷, el italiano⁸, el portugués⁹ y dentro de nuestras fronteras el catalán. Concretamente, el artículo 553¹⁰ y el 448 del Codice de 1865¹¹ “consagran”¹² el principio *superficies solo cedit*, de modo flexible tanto por la presunción *iuris tantum* a favor del *dominus soli*, no sólo respecto a la realización y pago de la edificación, sino también respecto a su propiedad¹³ por la excepción contemplada en su inciso final. Flexibilidad que también se aprecia en el vigente artículo 934 del Codice de 1942 que tras reconocer como principio básico en sede de accesión al principio *superficies solo cedit*, añade en su inciso final la posibilidad de ser excepcionado: “salvo lo dispuesto en los artículos

⁷El Code en consonancia con el espíritu de la época en que fue publicado, hizo de la liberación de la propiedad uno de sus más importantes motivos de reforma. De este modo todo lo que se opusiera a la libertad del dominio como su división (dominio útil, dominio directo), y que había dado en la época anterior a situaciones análogas al derecho de superficie, reflejo del régimen feudal, fue borrado del Código por ser contrario a tal principio. DE LA IGLESIA MONJE, M.I., *El derecho de superficie. Aspectos Civiles y Registrales*, 2ª edic., Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 63. También, en su artículo “El nuevo derecho de superficie”, *RCDI*, N° 712, 2009, págs. 669 a 694.

⁸El Codice de 1865 admitía la desintegración del derecho de propiedad relativo a un goce separado del suelo que corresponde a distintos titulares subjetivos. Regulaba la propiedad separada y distinta en planos horizontales (artículos 562 a 564). Y al amparo de su artículo 448, doctrina y jurisprudencia admitieron el derecho de superficie. SALIS, L., Voz “SUPERFICIE (Diritto vigente)”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, pág. 945.

⁹Cfr. Artículos 1333 y 1340 del Código portugués, preceptos que en atención a la buena fe del constructor y al mayor valor del suelo respecto a lo que se encuentra sobre él construido permiten la adquisición de la propiedad por el edificante invirtiendo el principio *superficies solo cedit*. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito Civil, Reais*, 5ª edic, Coimbra editora, 2012, pág. 304 a 309. También CARVALHO MARTINS, A., *Acessão*, Coimbra, 1999, págs. 124, 131, en especial pág. 136 y ss. relativas a las construcciones extralimitadas.

¹⁰Dispone el artículo 553 del Code: “Todas las construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno o en su interior, se presumen hechas por el propietario y le pertenecen, si no se prueba lo contrario, sin perjuicio de la propiedad que un tercero pueda haber adquirido o pueda adquirir por prescripción, sea de un subterráneo bajo el edificio de otro, sea de cualquier otra parte del edificio”.

¹¹Decía el artículo 448 del Codice de 1865: “Todas las construcciones, plantaciones u obras hechas sobre o bajo el suelo se presumen hechas por el propietario a sus expensas y que le pertenecen, si no consta lo contrario, sin perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero”.

¹²Discrepamos con la doctrina en este punto porque ni en la presunción contenida en el artículo 553 del Code, ni en el 448 del Codice de 1865, ni en el correlativo nuestro, el 359 C.c. se refleja el principio *superficies solo cedit*. Son normas que aunque ubicadas en sede de accesión, donde desempeñan un importantísimo papel, son exclusivamente manifestación de la capacidad expansiva del dominio y consecuencia del ejercicio de las facultades dominicales, consagradas por el principio medieval esgrimido con carácter excluyente y prohibitivo: Sólo el propietario, y no ninguna otra persona, sin autorización suya, tiene el poder, más o menos limitado legalmente, y el interés, de realizar en el suelo de su propiedad aquellas obras. Y su función no es otra que presumir, *iuris tantum*, que esas obras y edificaciones realizadas sobre un determinado suelo han sido hechas por su propietario y a su costa.

¹³En tales preceptos se contienen tres presunciones: 1.- se presume que las construcciones han sido hechas por el propietario; 2.- se presume que han sido hechas a su costa; 3.- se presume que pertenecen al propietario del suelo. Y cabe contra las tres presunciones prueba en contrario, y la última sólo tiene aplicación, además, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por un tercero. SÁNZ FERNÁNDEZ, A., “Edificación en suelo ajeno: sus problemas”, *Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 22 de marzo de 1947*, pág. 140.

935, 936, 937 y 938 y salvo que resulte diferente del título o de la ley”¹⁴. E incluso se llega a prever expresamente su inversión (vid. artículos 938 del Código italiano, artículos 1333 y 1340 del Código portugués y artículo 542-9 del C.C.C.), en atención al trabajo, a la creación de riqueza que conlleva el acto constructivo, a su utilidad social y al estado gnoseológico del edificante.

En el lado opuesto, se encuentran aquellos autores que rechazan el carácter imperativo del artículo 358 C.c., como GARRIDO DE PALMA¹⁵, para el que “la norma del 358 no es rigurosamente imperativa sino de Derecho dispositivo”, ya que —en su opinión— cabe pactar la no aplicación de las reglas de la accesión. De igual modo, DE LA IGLESIA MONJE¹⁶ y ALONSO PÉREZ¹⁷, niegan que el artículo 358 C.c. sea una norma de orden público, y además, añade este último autor que “esta doctrina no ha de entenderse en términos absolutos, sino en el sentido de que el principio de accesión en beneficio del suelo opera automáticamente de no existir una estipulación contraria que la paralice, canalizada a través de alguna de las excepciones que la Ley permite. . .”.

En la misma idea abundan otros autores como NÚÑEZ-RUIZ¹⁸, PÉREZ CÁNOVAS¹⁹ y FONT BOIX²⁰ que centran su estudio no sólo en el carácter relativo de la

¹⁴MONTEL, A., Voz “Accessione (Diritto civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Mariano D’Amelo, con la collaborazione de Antonio Azara, Torino, 1937, pág. 133 a 138, considera que la reserva contenida en la segunda parte del precepto debía haber sido mejor formulada, porque sólo el artículo 938 excepciona, relativiza el principio al permitir al constructor la inversión del principio romano, mientras que el resto de preceptos, esto es, el 935, 936 y 937, no lo derogan sino que se limitan a disciplinar las relaciones entre propietario y constructor, reconociendo a este último derechos de carácter meramente personales.

¹⁵GARRIDO DE PALMA, V.M., “¿*Superficies solo cedit*?”, *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Coordinado por Victor M. Garrido Palma, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 154 y ss., realiza un análisis exhaustivo de las distintas modalizaciones o excepciones al principio romano. También, GUILARTE ZAPATERO V., *El derecho de superficie*, Aranzadi, Navarra, 1966, pág. 171, donde reconoce expresamente la posibilidad de derogar el principio de accesión, y GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, pág. 27, que establece que el artículo 358 C.c. no entrará en juego siempre y cuando estemos en presencia de una construcción por parte del superficiario, pero sí cuando se trate de un tercero al que no se le haya concedido ningún derecho sobre el suelo.

¹⁶DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie. . .*, op., cit., pág. 126, reconoce que *ha desaparecido la concepción del principio de accesión en sentido rígido*.

¹⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 332.

¹⁸NÚÑEZ RUIZ, M.A., “Dictamen sobre el derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines”, *RDU*, N° 29, 1972, pág. 128, que considera que la voluntad negocial de las partes puede destruir la presunción de que todo lo construido sobre y bajo el suelo pertenece al propietario.

¹⁹PÉREZ CÁNOVAS, N., “Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza”, *RCDI*, N° 586, 1988, págs. 757 y 759. Este autor considera que el artículo 350 sólo establece una presunción *iuris tantum* en favor del *dominus soli*, pero a ello se opone ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 50, pues defiende el tenor literal del artículo 350, que habla terminantemente, al emplear la forma verbal del presente del indicativo “El propietario de un terreno es dueño de su superficie. . .”. Por otro lado, la formulación del artículo 358 tampoco puede ser concebida como presunción “*iuris tantum*”, pues también parece establecer como consecuencia jurídica real necesaria que lo construido en predios ajenos pertenece al dueño del suelo.

²⁰FONT VOIX, V., “El derecho de vuelo y de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal”, *RDN*, julio-diciembre, 1967, pág. 7 y ss.

norma romana *superficies solo cedit*, sino también en aquel otro principio medieval, recogido en el artículo 350 C.c.: *cuius est solum eius est ad coelum usque ad infernos*²¹, y no ven problema en la posibilidad de constituir distintas propiedades en un mismo plano vertical²². Estamos ante un sector doctrinal muy influenciado por la doctrina extranjera, fundamentalmente por la doctrina francesa de las “propiedades superpuestas”²³, y del nuevo concepto de propiedad inmobiliaria acuñado a través de la figura de la “construcción compleja”, que implica un abandono del concepto de propiedad monolítica y unitaria, al permitir a través del recurso con carácter general al derecho de superficie, que la propiedad sobre suelo, vuelo y subsuelo pueda separarse, superponerse como objetos distintos, pertenecientes a diversos propietarios²⁴. Se trata de un derecho de propiedad sobre lo construido con idénticos atributos o caracteres del derecho de propiedad que recae sobre el suelo. En tal sentido, se entiende que es hipotecable, susceptible de propiedad registral, no prescribe por el no uso, puede ser adquirido por usucapión, y por último, en cuanto hay una disociación y derogación del principio *superficies solo cedit*, son derechos independientes el uno del otro, sin comunidad entre el propietario del suelo —trefoncier— y el propietario del edificio y,

²¹Principio al que hace referencia el Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala de lo civil de 23 de junio de 1998 (RJ 1998/4744) que manifiesta: “Al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión —en caso de inmueble— no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo —lo que está encima— y al subsuelo —lo que está debajo— siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera et usque ad infernos*”. También la RDGRN de 26 de junio de 1987 (RJ 1987/4841) afirma, en referencia, entre otros artículos, al 350 del Código civil, que: “. . . el dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos. . .”

²²LANZAS MARTÍN, E.P., “Segregación de volúmenes subterráneos”, *RCDI*, N° 701, Madrid, 2007, pág. 1394 y ss.

²³Desarrollada por SAVATIER y MARTY, J.P., *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution a l'etude de droit de superficie*, París, 1971, págs. 4, 5, 123; GARRIDO DE PALMA, op. cit. pág. 150. También DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens (De la propriété; de l'usufruit; de l'usage et de l'habitation)*, T. IX, París, 1866, pág. 561.

²⁴MARTY, op. cit., págs. 4, 5, 123, entre otras. Es uno de los autores franceses más importantes en el análisis del derecho de superficie y en el análisis de la propiedad volumétrica y define tales propiedades complejas como una superposición de propiedades distintas sobre un mismo suelo, sin que se creen partes comunes y sin someterse al estatuto de la copropiedad. Otro autor francés revolucionario es Jean-Pierre Bertrel, “L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie” *Revue Trimestrale de Droit Civil*, n° 4, octubre-diciembre, 1994, págs. 747 a 757, estudio que viene a ser la versión moderna de la doctrina del dominio dividido desarrollada por los glosadores en el medioevo y enterrada tras la Revolución Francesa y los procesos codificadores. Su teoría se denomina “monopolio de explotación inmobiliaria”, que vendría a ser el equivalente al antiguo dominio útil. Partiendo de este dato, la accesión no sería una facultad del derecho de propiedad, como titularidad jurídica, sino del monopolio de explotación, de la propiedad real, esto es, del poder de explotación de las utilidades económicas de un bien. Este nuevo planteamiento conlleva una redefinición de las reglas de la accesoriedad. Así, lo principal no sería el suelo (bien corporal) sino el “monopolio de explotación” (bien incorporeal) y lo accesorio, la construcción, revertería en favor del titular del monopolio de explotación, ya sea el propietario del terreno, ya sea el tercero a quien se cedió el monopolio. Planteamiento del que se hace eco MOLL DE ALBA LACUVE, CH., *La edificación en suelo ajeno. La posible disociación jurídica de la propiedad*, Grupo difusión, Barcelona, 2004, pág. 108.

por tanto, no cabe el ejercicio de la acción de división sobre cosa común²⁵.

En cualquier caso, nuestra doctrina no llega a tales extremos y si profundizamos en el análisis de las opiniones doctrinales vertidas comprobamos, como en realidad, no difiere tanto la postura de unos y de otros autores. Así, ROCA SASTRE²⁶, que con carácter previo ha declarado que el artículo 358 C.c. recoge con rigidez el principio romano, a continuación reconoce que el derecho de superficie regulado por la Ley del Suelo contradice al Código civil en materia de accesión y, por tanto, que el precepto 358 debería ser entendido como si estuviera redactado en los siguientes términos: “Lo edificado. . . en predios ajenos. . . pertenece al dueño de los mismos. . . salvo lo dispuesto en la Ley del Suelo. . . y demás disposiciones sobre la materia”²⁷. Postura análoga a la acogida por los defensores de la relatividad del principio *superficies solo cedit*, pues como regla general, éstos tampoco llevan a sus últimas consecuencias su afirmación acerca del carácter relativo del artículo 358 (ni del artículo 350 C.c.), de modo que no se reconoce a los particulares una libertad absoluta e ilimitada para establecer pactos que deroguen, sin más, el régimen dispuesto en el mismo²⁸. Esta doctrina debe entenderse en el sentido de que el artículo 358 C.c. no supone una presunción, ni posibilidad de prueba en contrario, sino preexistencia de una situación jurídica en la que no son aplicables los preceptos de la accesión; o lo que es lo mismo, el principio *superficies solo cedit* opera automáticamente en beneficio del suelo de no existir una estipulación contraria²⁹ que lo paralice, canalizada a través de alguna de las excepciones que la ley permite: el derecho de superficie, la propiedad horizontal, y el derecho de vuelo o sobreelevación, por un lado, y la accesión invertida³⁰ por otro.

En definitiva, consideramos como premisa básica, que lo dispuesto en el artículo

²⁵CARBONNIER, J., *Droit civil 3, Les biens*, Paris, 1956, págs. 265 y 266. La doctrina francesa articula la disociación del dominio a través de la figura del derecho de superficie que puede articular una disociación total o absoluta, pero esta disociación puede ser atemperada y no llevada a sus últimas consecuencias. Así, los autores franceses (LAURENT, MARTY RYNAUD, PLANIOL, RIPERT, JOURDAIN), citados por ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 34, nota, 7, reconocen que la disociación de la propiedad puede tener una limitación temporal por decisión de las partes y también podría afectar sólo a ciertas partes del inmueble, mientras otras pueden permanecer en comunidad.

²⁶ROCA SASTRE, op. cit., pág. 32 y 33, afirma: “Nuestro parecer es que no cabe admitir la figura de la propiedad simple, o sea, sin el soporte jurídico del derecho

²⁷DÍAZ FRAILE, J. M^a., “La aportación de don Ramón María Roca-Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficies”, *RCDI*, n^o 651, marzo-abril 1999, págs. 617 a 637, analiza la gran importancia e influencia posterior del trabajo de ROCA SASTRE, en el referido artículo.

²⁸ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 52.

²⁹GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 172, considera que las palabras más exactas en este punto las ha pronunciado Ángel SANZ “contra la regla del 358, no cabe simplemente prueba en contrario. Cabe, sí, que por existir una relación jurídica previa, como el derecho de superficie, quede excluida la accesión; pero no supone la existencia de una presunción, ni, propiamente hablando, posibilidad de prueba en contrario, sino preexistencia de una situación jurídica en la cual no son aplicables los preceptos de la accesión”.

³⁰ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 332 y ss.; ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., págs. 52, 53 y 54; GARRIDO DE PALMA, op. cit., págs. 188 a 194; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos. . .*, pág. 288 a 291; LÓPEZ VILAS, R., “Comentario al artículo 358 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, T I, Dir. por C. Paz Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador, Madrid, 199 págs. 1006 a 1012.

358 C.c. en ningún caso debe paralizar la evolución del tráfico jurídico-económico relativo a los bienes inmuebles. El problema está en pretender dar una función regulativa absoluta al término polisémico *accesión*, englobando en él todo fenómeno caracterizado por la construcción en suelo ajeno y la permanencia de lo edificado en el *solum*, esto es, se considera que el principio romano³¹ actúa en todos los supuestos de incorporación, como efecto inmediato de la unión de cosas, con independencia del título que pueda ostentar el constructor, del motivo por el que realiza la construcción o de la relación jurídica que vincula al propietario del suelo con el constructor.

Para no incurrir en tal error, hemos de centrar la cuestión. Debemos partir del dato de que el principio *superficies solo cedit*, es un principio a tener en cuenta siempre que concurren los concretos y taxativos presupuestos analizados anteriormente³² (unión o incorporación fija, estable y permanente, falta de relación jurídica de los titulares de los bienes en lid, y carácter accesorio de lo unido frente al carácter principal del *solum*), y como solución³³, por tanto, a un litigio, a un conflicto de intereses preexistente entre dos sujetos³⁴: el que hace la obra en suelo ajeno y el dueño del suelo sobre el que aquél construye, o entre el propietario del *solum*, que emplea en la obra material ajeno, y el *dominus materiae*³⁵.

Fuera de este marco será posible la no aplicación rígida o, incluso, la inaplicación del principio *superficies solo cedit*. Excepciones que se articularán, fundamentalmente, por dos vías³⁶. Una primera, que discurrirá por los supuestos y figuras que permiten estimar, como elemento principal, las incorporaciones (la edificación), y como accesorio, el suelo sobre el que aquellas descansan. Son los casos denominados de “inversión

³¹Es lo que CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 158, denomina: “aplicación universal del hecho adquisitivo por accesión”.

³²Fundamentalmente son tres: 1.- unión inseparable de cosas que pertenecen a propietarios diferentes; 2.- falta de acuerdo previo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas; 3.- carácter de las cosas unidas, esto es, una de las cosas unidas resulta accesorio respecto de la otra que se reputa principal. De modo que si faltara alguno de estos elementos o presupuestos constitutivos no habría *accesión*, del mismo modo que, si a los mismos, se añadieran cualquier otro elemento con efectos fundamentales o constitutivos, tampoco la habría, sino que nos encontraríamos ante esa otra figura definida por esos elementos añadidos, sin perjuicio de que pudiera aplicarse con carácter supletorio las reglas de la *accesión*. Si el principio *superficies solo cedit*, se concibiera como una norma absolutamente necesaria, aplicable en todo caso, se estaría vetando la posibilidad del supuesto fáctico de disociar la propiedad inmobiliaria, no sería admisible la coexistencia simultánea de dos derechos de propiedad sobre un mismo solar.

³³Vid. la STS de 19 de julio de 1999 (RJ 1999/6086), que dispone: “el artículo 358 contiene una declaración genérica al atribuir la propiedad de lo edificado en predio ajeno al dueño del suelo — *superficies solo cedit*— pero no la decreta de forma absoluta, sino sujeta a lo dispuesto en los artículos siguientes, con lo que se autoriza a tener en cuenta el artículo 361, ya que la presunción legal que sienta el artículo 359 cabe ser destruida por prueba en contra”.

³⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 115.

³⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *La Accesión horizontal en las construcciones extralimitadas*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 102, y en su artículo “*Superficies solo cedit*: Un principio (natural) en crisis (económica)”, *RCDI*, N.º 728, 2011, pág. 3063 y ss.

³⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 331 y 332.

de la accesión”. Una segunda vía está integrada por aquellas instituciones o pactos que van a mantener separada la propiedad del suelo y la del vuelo sin inquietar al propietario del suelo; son los supuestos denominados de “paralización de la accesión”. Y respecto a estos últimos adelantamos que, no es nuestra intención acometer un estudio exhaustivo de los mismos, sino que tan sólo serán abordados desde la óptica del conocimiento de las distintas vías para escapar, de una manera eficaz, de la rigidez del principio *superficies solo cedit*.

Capítulo 6

El solum superficies cedit

Índice del capítulo:

6.1	La inversión de la accesión. Generalidades	399
6.2	Construcción en terreno propio con invasión de terreno ajeno o construcción extralimitada	403
6.2.1	El supuesto de hecho litigioso y la ausencia de solución legal	403
6.2.2	La doctrina de la accesión invertida como solución jurisprudencial al caso de las construcciones extralimitadas. Requisitos para su apreciación	409
6.2.2.1	Presupuesto objetivo: Construcción de un “edificio”	412
6.2.2.2	Requisitos físicos: Invasión del terreno por el edificio ajeno e inseparabilidad de la obra a los suelos que la inmovilizan	415
	A Invasión del terreno por el edificio ajeno	415
	B Indivisibilidad de la obra a los suelos que la inmovilizan	416
	C Supuestos especiales de extralimitación	418
6.2.2.3	Requisitos subjetivos: Titularidad y buena fe del constructor extralimitante	425
6.2.2.4	Requisito económico: Valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ajeno invadido	432
6.2.2.5	El principio de congruencia y la doctrina de la accesión invertida	435
6.2.3	La indemnización al <i>dominus soli</i> invadido	438

6.1. La inversión de la accesión. Generalidades

La expresión “acesión invertida” se reserva, técnicamente, para aquellas hipótesis en las que la ley o la jurisprudencia consideran, excepcionalmente, como elemento

fundamental la edificación, mientras el suelo sobre el que radica es considerado como accesorio o menos importante. En consecuencia, opera automáticamente, como sucede en el supuesto de la accesión normal, y al igual que en esta última el propietario del suelo adquiere el dominio de lo edificado por el sólo hecho de la incorporación *ope legis*; en aquella, el incorporante en terreno ajeno se convertirá, por idéntico procedimiento, en propietario del suelo, al ser considerado menos importante o de inferior valor económico-social. Se trata, en definitiva, de invertir la doctrina recogida en el artículo 358 C.c., en los términos siguientes: “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen a quien hizo la incorporación. . .”¹, también el suelo².

Premisa básica será que la “accesión invertida” no puede darse por acuerdo o pacto de los interesados, que sin duda podría existir, y en virtud del cual, el dueño del terreno cedería el suelo al edificante, pero el dominio de lo accesorio o de lo menos relevante, no accedería a lo principal por la simple *vis atractiva* de la cosa más importante, sino por el acto jurídico o el contrato que pudiese existir entre los interesados, seguido de la tradición (artículo 609 C.c.); es decir, no se adquiere la propiedad por accesión, sino por la tradición fundamentada en el justo título. Por ello, y a pesar de la insistencia de un sector doctrinal³, no puede constituir un supuesto de accesión invertida, la hipótesis contemplada *in fine* en el artículo 361 C.c., pues la adquisición del suelo por el edificante no es automática (*ex lege*) en virtud del carácter económico-social principal de la construcción, sino una venta forzosa impuesta unilateralmente por el *dominus soli*. El tenor literal del precepto lo avala “obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno. . .”.

Así las cosas, tras la derogación del artículo 1404, 2º C.c.⁴, referido a edificios

¹ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 337.

² Añadido por la doctoranda.

³ GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 159, precisa que sólo se puede hablar de “accesión invertida” en el supuesto del artículo 361 del Código civil sólo en el caso de que el dueño del terreno opte por vender el suelo a quien construyó o plantó, no en caso de siembra, en el que se puede imponer el arrendamiento pero no la venta. Vid. también GULLÓN BALLESTEROS A., “Accesiones inmobiliarias”, en *Protección del derecho de propiedad, Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1994, págs. 227 y 228. Para MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 171, se trata de una “fórmula original” del sistema español para la liquidación de la gestión posesoria que permite exonerar al propietario del terreno de la indemnización. En la misma línea CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 335 que entiende que el propietario del terreno está en condiciones, ante un constructor de buena fe de convertir la regla *superficies solo cedit*, en una técnica exclusivamente indemnizatoria, postergando a voluntad su significación primera adquisitiva. Añade, «puede hacer del principio de accesión una regla exclusivamente indemnizatoria cuando no puede o no quiere abonar los gastos al poseedor de buena fe; puede utilizar el principio de accesión como una poderosa ayuda para sacar al mercado terrenos que de otra manera tendrían difícil circulación; puede servirse de la regla “SSC” como un instrumento de reintegración de dudosas convenciones por las que se cede el terreno a un tercero (vid. S. 20-III-1964), o como medio de evitar la iniciación de un complejo expediente expropiatorio (S. 20-V-1977)».

⁴ El artículo 1404.2º del Código civil en su redacción anterior a la ley 11/1981 de 13 de mayo disponía: “serán gananciales. . . los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca”. Precepto que contenía una regla contraria a la práctica totalidad del Derecho extranjero. Con ella, el legislador español se

construidos constante el matrimonio en suelo privativo de un cónyuge⁵, el único supuesto claro de inversión del principio romano existente en el Derecho español, es la doctrina jurisprudencial de la “accesión invertida” que disciplina la hipótesis de construcción extralimitada o edificación en suelo propio con invasión de terreno ajeno⁶.

apartó de la tradición romanista y de nuestro Derecho histórico, concretamente, la Ley 9^a, título IV, libro 3^o del Fuero real. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T III, 1852, Madrid, artículo 1325, págs. 331 y 332, lo fundamentaba «en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y en las grandes poblaciones». MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid, 1904, págs. 172 y ss., añadía a esta consideración que, si bien es cierto que el edificio no puede subsistir sin el suelo, éste tiene un mayor valor que aquel, “por lo que si la doctrina no se conforma con los principios, satisface más a la razón”.

⁵HERNÁNDEZ CRESPO, C., “La accesión invertida”, *RCDI.*, 1972, págs. 729 a 765. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B., “El artículo 1404 del Código civil y la declaración de obra nueva”, *RCDI*, 1954, págs. 785 a 809. RAMS ALBESA, J., “Las accesiones en la sociedad de gananciales”, *ADC*, 1985, págs. 401 y ss, y *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 50 y ss. BAYOD LÓPEZ, M^a C., «Accesión...» cit., págs. 257 a 277. GARCÍA GRANERO, J., “Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges”, en *RDP.*, 1950. págs. 193 y ss. Todos ellos coincidían en afirmar que se trataba de un precepto excepcional que precisaba de una interpretación restrictiva y la concurrencia de una serie de requisitos: 1.- iba referido a terreno no edificado, de exclusiva propiedad de uno de los cónyuges, ya fuere el marido o la mujer. Siendo indispensable que la pertenencia del suelo quedase perfectamente acreditada, pues de otro modo entraría en juego la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1407 C.c. (hoy recogida en el artículo 1361 C.c.); 2.- se precisaba que el solar fuese enajenable; 3.- debía tratarse de construcción de edificios, no de plantaciones, ni siembras, ni tampoco reparaciones (ordinarias o extraordinarias), por importantes que fueren, pues estas son legalmente a cargo de la sociedad de gananciales; 4.- el edificio debía ser de nueva planta, debía constituir una obra nueva independiente y principal; 5.- el edificio tenía que ser levantado a expensas de la sociedad legal de gananciales, bien de forma probada o presunta (artículo 1407 C.c.); 6.- el edificio debía ser comenzado y concluido constante matrimonio, e instituido bajo el régimen legal de sociedad de gananciales; 7.- el traspaso de la propiedad del suelo a la sociedad conyugal operaba de un modo automático, una vez ultimada la construcción, en términos análogos a la accesión ordinaria, por el mero hecho de la edificación y por ministerio de la Ley. En la actualidad esta norma ha desaparecido y en su lugar el artículo 1359, 1^o, (según redacción Ley 11/1981, de 13 de mayo), ha vuelto al régimen general e incorpora a la sociedad de gananciales, en todos los casos, los principios propios de la accesión contemplados en los artículos 353 y ss. C.c., cuando dispone: “las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y *en los privativos* tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho”. Finalmente, para evitar los importantes problemas de derecho transitorio suscitados para determinar el carácter ganancial o privativo de los bienes, ha sido criterio jurisprudencial atender a la legislación aplicable al tiempo de la adquisición e integración del inmueble en el patrimonio ganancial y no, a la legislación vigente en el momento de disolverse la sociedad de gananciales o de practicarse su liquidación, y en consecuencia, dado el carácter irretroactivo de la reforma de 1981, habrá que tener en cuenta el tiempo de la ejecución de la edificación. Vid. las RRDGRN de 13 de marzo de 1989 (RJ 1989/2468), 14 de abril de 1989 (RJ 1989/3403) y de 11 de junio de 1993 (RJ 1993/5418).

⁶En este punto resulta importante incidir en el concepto y distinción de dos figuras jurídicas: “la accesión invertida” y la “construcción extralimitada”. Ambas no son sinónimos, ni instituciones homologables como parece admitir, entre otros ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 291, y algunas sentencias del Tribunal Supremo, así la STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584), declara en su Fundamento de Derecho Primero “... una larga serie de sentencias de esta Sala, desde la de 31 de mayo de 1949 hasta las más modernas de 11 de marzo de 1985, 24 de enero de 1986, 23 de julio de 1991, 3 de abril de 1992 y 11 de junio de 1992, han precisado los requisitos que deben concurrir para

Supuesto al que la doctrina crítica con el principio *superficies solo cedit* suele añadir, de un lado, el supuesto previsto en el segundo inciso del artículo 361 C.c., hipótesis polémica, que rechazamos por los motivos ya expuestos al abordar el análisis del precepto y del supuesto de hecho disciplinado en el mismo. También, algún autor como CÁNOVAS COUTIÑO⁷, ha entendido que se da la figura de la “accesión invertida”, en sentido amplio, en el denominado derecho de superficie. Es más, llega a apuntar incluso, que se trata del supuesto más representativo de la “accesión al revés”. Sin embargo, es claro que no existe tal inversión: el vuelo no absorbe al suelo, sino que, de conformidad a la concepción doctrinal y legislativa predominante, la propiedad del suelo y la superficiaria se mantienen totalmente separadas, con titulares distintos en tanto en cuanto subsista el instituto. No estamos ni ante el *superficies solo cedit*, ni frente al pretendido *solum superficies cedit*.

que se de la figura de la accesión invertida o construcción extralimitada”. Sentado lo anterior la construcción extralimitada se corresponde a una situación fáctica, esto es, el hecho de que una edificación se encuentra en parte en suelo propio, en parte en suelo ajeno. Por el contrario, la accesión invertida es el mecanismo jurídico de creación jurisprudencial que permite solventar el conflicto de intereses creado por la extralimitación. Ambas están íntimamente relacionadas pero su naturaleza jurídica es distinta. MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 230.

⁷Citado junto a FERRARA y FUNAIOLI, por GARRIDO DE PALMA, op. cit. pág. 163. También así lo entiende MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit. págs. 250 y 251, que precisa cuáles serían los presupuestos para que operase la accesión invertida prevista en el artículo 361 in fine: la buena fe del constructor, la manifestación de voluntad del propietario del suelo a favor de esta segunda opción y el pago del precio. Es más añade que tal posibilidad tiene cabida por tres vías: 1. Por la voluntad del *dominus soli*. 2. Por la voluntad de ambas partes y 3. Por la voluntad del constructor ratificada a *posteriori* por el *dominus*. El único supuesto de accesión invertida que considera no tener cabida en el artículo 361 del Código civil es aquel en el que el constructor pretende adquirir el terreno pagando su precio con la oposición del propietario.

6.2. Construcción en terreno propio con invasión de terreno ajeno o construcción extralimitada⁸

6.2.1. El supuesto de hecho litigioso y la ausencia de solución legal

Más frecuente que el caso de edificación en suelo totalmente ajeno es aquel en el que una persona, por fallos en la medición de los terrenos, errores en los planos o en el replanteo de la obra⁹, entre otras circunstancias, o incluso, de forma consciente, edifica sobre suelo propio excediéndose de sus límites con invasión en todo o en parte de la finca contigua. Existe, como afirma CASTÁN, una invasión de la finca ajena que es aledaña en sus límites o confines de aquella en la que se está realizando la edificación¹⁰. Lo que no plantearía problemas si la parte edificada sobre cada una de las dos propiedades contiguas fuese separable, sin embargo, no es lo habitual, y lo común es que de la actividad constructiva, resulte una construcción unitaria respecto de la que es imposible, o al menos, perjudicial como tal unidad, demoler un sector¹¹.

Se trata, evidentemente, de un supuesto de hecho de muy difícil solución, máxime si tenemos en cuenta que nuestro Código civil no lo ha contemplado expresamente, a diferencia de la extralimitación de las plantaciones (artículos 591 y 592 C.c.)¹². De ahí

⁸La denominación de este supuesto de hecho varía en función del país. Así, en Francia es descrito por la jurisprudencia como “anticipation” o sobre todo como “l’empiétement”, como dice el artículo 674 del Código civil suizo y cuya significación viene de “empiéter” o meter el pie en terreno vecino. En Italia se habla del “sconfinamento”, y en Alemania de “Überbau”, ésta es según SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 189, la expresión que más ha influenciado en España, traduciéndola como “construcciones extralimitadas”. Hoy son varios los Códigos que contienen una regulación expresa del fenómeno de la extralimitación, sin ánimo de exhaustividad, ahí están: los §§ 912 y ss. del BGB, el artículo 674 del Código civil suizo, el artículo 54 del Libro V del Código civil holandés, el artículo 1258 del Código civil brasileño, el artículo 1343 del Código civil portugués y el artículo 452 Código civil italiano de 1862, en España el artículo 542-9 del Código civil catalán. Para intentar justificar la ausencia de regulación de las construcciones extralimitadas, en 1889 no existía el referido panorama normativo, e idéntico silencio presentaba el Code de 1804, en el que el nuestro y otros tantos se inspiraron; tampoco se regulaban en el Código austriaco de 1810, en el que también se fijó nuestro legislador.

⁹FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “Comentario al artículo 358 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. II y III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 3004 y ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 291.

¹⁰CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. II, *Derecho de cosas*, Vol. I, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 12ª edición, editorial Reus, Madrid, 1982, pág. 22 y ss.; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 188 y ss.; DíEZ PICAZO, op. cit., págs. 304 y ss.

¹¹ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 291, se pregunta, “¿cómo sería posible cortar del edificio los, por ejemplo, dos metros que se adentró en el solar el vecino, dejándolo sin muro en ese lado y quizá sin una parte que —en la hipótesis de que cupiese evitar el derrumbamiento total— obligaría a redistribuir la obra hecha, con un costo totalmente antieconómico?”.

¹²Preceptos que distinguen tres supuestos: 1. el de extralimitación total, resuelto por el artículo 591 C.c. que reconoce el derecho del dueño del predio invadido de exigir que se arranquen las plantaciones hechas; 2. el de la invasión de subsuelo, al introducirse las raíces de los árboles en el fundo vecino, en cuyo el propietario invadido puede cortarlas por sí solo; 3. el de invasión del vuelo, por introducción de las ramas en el fundo contiguo, en cuyo caso el dueño de éste puede exigir al propietario que las corte (artículo 592 C.c.).

que la doctrina de forma prácticamente unánime haya entendido que no es aventurado conceptualarlo como una auténtica laguna legal¹³.

El principio *superficies solo cedit*, y las reglas que disciplinan la construcción en terreno ajeno se presentan de muy difícil aplicación a la construcción simplemente extralimitada, pues conducirían a resultados injustos o antieconómicos, ya que, aun en el caso de que el constructor hubiere obrado de mala fe, la condena a la demolición de toda la obra parece que podría contravenir la regla de la función social de la propiedad, e incluso el fundamento “ne urbs ruinis deformatur”, una de las bases de la edificación en suelo ajeno. Sucede, especialmente, en aquellos casos en los que la extralimitación afecta a una pequeña fracción de la obra, donde la exigencia de la demolición total podría suponer un abuso o ejercicio antisocial de un derecho en el sentido del artículo 7 C.c.¹⁴. Para el caso de que el edificante haya actuado de buena fe, tampoco es fácil la aplicación del artículo 361 C.c., ya que el *dominus soli* del terreno invadido no adquiere toda la edificación, pues la misma solo está emplazada de un modo parcial sobre su *solum* y la atribución de una parte proporcional “absurda o anormal”¹⁵ por su forzosa división en línea vertical, o de una cuota en condominio tampoco tendría fundamento: “communio est mater discordarium”.

En el Derecho Romano y después, durante siglos, no hubo una solución expresa para resolver el problema de la extralimitación¹⁶, probablemente porque no existió, al no escasear el suelo para construir, o por el tipo de construcción en una sola planta característico de aquella época; o de existir, su incidencia fue mínima, y por ello, no merecedora de regulación general. Cosa contraria a lo ocurrido con la extralimitación de plantaciones¹⁷, utilizadas normalmente para delimitar propiedades y que como

¹³Habla de una más que dudosa laguna legal CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., págs. 50 y 51, también en su artículo “Las construcciones extralimitadas en el derecho español: Luces y sombras de la Jurisprudencia en materia de accesión invertida”, *RAD*, N° 8, 2009, pág. 127 y ss; Bonet Y BONET, F.V., “Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho Positivo”, *RGLJ*. T. 231, 1971, págs. 117; Díez PICAZO, I., *Estudios sobre Jurisprudencia civil*, V.III, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 272, relativas al análisis detallado de la STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721).

¹⁴DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*. . . , op. cit., pág. 305.

¹⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Las construcciones extralimitadas en el Derecho español: /Luces y sombras de la jurisprudencia en materia de accesión invertida”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 8/2009, pág. 3. (Aranzadi digital). La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia, *RADP*, N° 23, págs. 26 y ss.

¹⁶Por el contrario, SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 190, manifiesta que la aplicación del principio *superficies solo cedit* en Roma era tajante y extensible al supuesto de extralimitación Y que según los textos romanos el dueño del suelo vecino invadido sólo quedaba obligado a tolerar la invasión producida en el caso del abombamiento de un muro siempre que no llegara a un pie de espesor. Si bien considera que «es fácil ver que ese sistema es contrario al interés general e incluso al fundamento “ne urbs ruinis deformatur” que fue base de toda esta doctrina de la edificación en suelo ajeno».

¹⁷Hay autores que siguiendo la regulación en materia de plantaciones, consideran que en Derecho romano la solución tratándose de construcciones era la demolición. Así BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. 2º, *La proprietà*, Milán, 1996, págs. 115 y 116; WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, Parte general, T.III, Vol. 1º, *Derecho de cosas*, trad. B Pérez González y J. Alguer, al cuidado de J. Puig Brutau, Barcelona, 1971, pág. 363; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, V.1º, *Derechos reales*, 4ª edic. Barcelona, 1994, pág. 369; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 190.

consecuencia de su crecimiento natural, terminaban invadiendo el fundo vecino, disponiendo la norma, que en tal caso, fuesen cortadas o convertidas en franjas medianeras¹⁸. Análoga solución se adoptaba en nuestro Derecho histórico por el Fuero Real (Ley 15, Tít. 4^a, Lib. III) y por Las Partidas (Ley 43, del Tít. 28, P 3^a)¹⁹.

En el Derecho extranjero, frente al silencio absoluto del Code sobre esta hipótesis, hoy son varias las legislaciones que contienen una norma expresa y directamente aplicable al caso de la construcción extralimitada²⁰. Así, el Código civil italiano de 1865, la abordó en el artículo 452, en el cual se disponía que, si en la construcción de un edificio se ocupare de buena fe una porción de un fundo contiguo, y la construcción hubiere sido realizada a sabiendas y sin oposición del vecino, podrán el edificio y el suelo ocupado ser declarados propiedad del constructor, el cual deberá abonar al propietario del suelo el duplo del valor del terreno ocupado como indemnización por los daños irrogados²¹. El Código civil de 1942, en su artículo 938 reproduce aquél precepto e introduce como novedad, que la falta de oposición del propietario invadido tenga lugar dentro de los tres meses siguientes al día en que hubieren comenzado las obras²².

¹⁸El § 31 de las Instituciones de Justiniano, tras fijar la regla general que decía “Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, polanta erit; si modo, utroque casu, radices egerit; ante enim quam radices egerit, ejus permanet cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices agit planta, proprietatis ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit ut in ejus fundum radices egerit. Titii efficitur arborem dicimus; ratio enim non permittit ut alterius arbor esse intelligatur quam cujus in fundum radices egisset” y finalizaba: “Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit”.

¹⁹La Ley 43, del Título 28 de la 3^a Partida, comenzaba: “Otro si dezimos, que si algún ome plantasse algún árbol en su heredad, e después que lo ouiesse y plantado, de manera que las principales rayzes de que se nodreciesse, están todas en ella; este gana el señorío del árbol, maguer estén las ramas del árbol sobre la heredad de aquel que lo planto”, y concluía: “Empero, si parte de las rayzes principales del árbol estuuiesen en la heredad de aquel que lo planto, e la otra parte en la del otro que estuuiesse acerca della; estonce debe el árbol ser comunal de ambos a dos”.

²⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 190, muestra como la doctrina francesa y también la jurisprudencia, en esta hipótesis no ha mostrado su acostumbrada sagacidad. Así AUBRY y RAU entendía que las reglas de la accesión no podían ser aplicadas para este caso y defendían que el *dominus soli* invadido pudiera pedir la demolición de lo construido sobre su *solum*, en todo caso, con independencia de si edificó mala o buena fe por un simple error de medición de su finca. BAUDRY-LACANTINERIE sostiene que son perfectamente aplicables los preceptos del artículo 555 del Code, con sus soluciones análogas a las españolas, y siendo así defienden que en caso de mala fe, el propietario invadido solicite el derribo, y en caso de buena fe, el precio del valor del suelo, pero demuestran una gran perplejidad ante el caso en el que el propietario invadido no quiera vender y decida hacer suyo lo edificado sobre su suelo, supuesto para el que alcanzan la absurda conclusión de que el edificio se divida con un tabique vertical, de modo que pertenecerá la dueño de cada suelo la parte del edificio que se levante sobre el mismo. DEMOLOMBE, mucho más realista, daba como solución la de someter la totalidad del edificio a licitación entre ambos propietario, aplicando por analogía las reglas de la comunidad de bienes.

²¹BORSARI, L., *Commentario del Codice civile italiano*, artículo 452, Libro secondo, Roma, 1972, págs. 202 a 204.

²²El Código italiano computa los tres meses desde el inicio de la obra, sin embargo la jurisprudencia por pura razón lógica ha aplicado el plazo de tres meses desde que hay invasión efectiva a la que oponerse una vez que la obra iniciada en terreno propio alcance e invada el terreno ajeno. PARADISO, M., *Il Codice Civile Commentario, L'accessione al suolo artt.934-938*, diretto da Piero Schelesinger, Milano, 1994op. cit, pág. 275, con cita de las SSSCCassaz italiano de 15 de noviembre de 1973, 29 de marzo de 1982, 23 de febbraio de 1965 y 3 de febbraio de 1971. En idénticos términos MONTEL, op. cit., págs.

Así las cosas podrá el juez²³, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, atribuir al constructor la propiedad del edificio y la del suelo invadido, con la obligación de pagarle el doble del valor de la superficie ocupada, amén del resarcimiento de daños y perjuicios.

El Código civil alemán²⁴ dedica a la construcción extralimitada los parágrafos 912 a 916, concretamente el § 912.1 establece que si el propietario de una finca, en la construcción de un edificio invade el fundo ajeno, sin dolo ni culpa grave, el *dominus soli* invadido deberá tolerar la construcción²⁵ a cambio del pago de una renta en dinero²⁶, salvo que se hubiere opuesto antes o inmediatamente después de la extralimitación. El § 915 completa el supuesto de hecho y reconoce al titular de la renta la facultad de exigir que, a cambio de la transmisión de la propiedad de la parte invadida, se le abone el valor del *solum* al tiempo de la invasión.

El artículo 674 del Código suizo, en términos más ambiguos, exige para que pueda haber atribución de la propiedad al constructor extralimitante, o constitución de un derecho real de “empiétement” sobre fundo ajeno, que el *dominus soli* no se haya opuesto en “tiempo útil” y “las circunstancias lo permitan”.

También, el Código civil portugués de 1966 establece en el artículo 1343²⁷ que, en caso de extralimitación de buena fe, el constructor puede adquirir la propiedad del terreno invadido, si hubieren transcurrido tres meses desde el inicio de la ocupación sin oposición del propietario, pagando el precio del terreno y los perjuicios irrogados, especialmente la depauperación del resto del terreno.

Respecto al legislador catalán (haciendo gala de la simplicidad de la que alardea en el Preámbulo de la Ley 5/2006), recoge en el artículo 542-9 con carácter general las

136 y 137.

²³PARADISO, op. cit., pág. 262, aclara que la circunstancia de que en el artículo 938 la adquisición requiera de una sentencia judicial se explicara no tanto por las características del bien adquirido, un inmueble, sino por la exigencia sobre la certeza de la concurrencia de una pluralidad de requisitos: 1.- construcción de un edificio, no de cualquier tipo de obra; 2.- construcción que ocupe parcialmente el fundo ajeno, ya que si la ocupación fuere total, tal hipótesis sería disciplinada por el artículo 936. Vid Cass. 6 diciembre de 1983; 3.- la buena fe del constructor; 4.- La falta de oposición del *dominus soli*.

²⁴ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. III, Vol. 1º, *Derecho de cosas*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, 32ª edición, Bosch, Barcelona, 1936, págs. 325 y ss.

²⁵El § 916 extiende la aplicación del deber de tolerar la construcción extralimitada y el derecho a la renta pecuniaria, a los titulares de un derecho de superficie o de una servidumbre que hayan visto conculcado su derecho por la extralimitación.

²⁶En la situación descrita el suelo pertenece al propietario invadido y el edificio al constructor que debe pagar una renta por ocupar el suelo ajeno. La situación descrita presupone una propiedad separada, como regla general y como posibilidad excepcional se prevé la compra forzosa del terreno por el constructor. MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., págs. 246 y 247, enumera los requisitos para que exista el deber de tolerancia en el propietario invadido: 1. Invasión de los linderos de la finca vecina con independencia de la medida de la extralimitación, siendo aplicable los §§ 912 a 916 incluso cuando la mayor parte de la edificación se levanta en la finca invadida; 2. Que el constructor sea propietario de la finca invasora y al mismo se le equiparan el titular del derecho de superficie y el enfiteuta; 3. Que el constructor no haya incurrido ni en dolo, ni en culpa lata; 4. Que el vecino invadido no se haya opuesto.

²⁷CARVALHO MARTINS, op. cit., pág. 136 a 145.

“construcciones en suelo ajeno con valor superior de la edificación”²⁸, y sin distinguir entre construcción extralimitada o construcción ejecutada íntegramente en suelo ajeno, obliga al propietario invadido “a ceder la propiedad de la parte del suelo invadida a los constructores, si éstos lo indemnizan por el valor del suelo, más los daños y perjuicios causados”, siempre y cuando la construcción se lleve a cabo de buena fe, en aras de la protección a la unidad arquitectónica indivisible²⁹. Llama, asimismo, la atención que en el Código civil catalán se abre la puerta a la inversión del principio *superficies solo cedit*, no sólo para el caso de mayor valor de la edificación, sino también en aquél en el que el suelo invadido y la construcción que se realiza sobre el mismo tengan idéntico valor. Y para el caso de que el suelo invadido no pueda dividirse o el resto del suelo no resulte edificable, se prevé la posibilidad de que el *dominus soli* invadido obligue al constructor a la compra de todo el solar (artículo 542-9.2). Finalmente, se contempla la posibilidad de que el *dominus soli* invadido opte por una indemnización en especie, consistente en la adjudicación de pisos o locales cuando se haya construido en régimen de propiedad horizontal o, incluso, cuando no se hubiere construido en régimen de propiedad horizontal pero dicho régimen pueda con posterioridad, “constituirse físicamente en el edificio construido” (artículo 542-9.3).

Admitida entonces, la ausencia de norma explícita en el Código civil³⁰, ¿cómo ha sido integrada? Entre la doctrina mayoritaria se propugnaba un sistema de amplio arbitrio judicial³¹, el recurso al sistema general de fuentes, en concreto, a los principios generales del derecho en la función que les encomienda el artículo 1.4 C.c. y a la aplicación del artículo 361 C.c. de forma invertida³². Así, el modo de proceder del Tribunal Supremo ha sido sencillo: sabiendo que el principio *superficies solo cedit*,

²⁸La Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión, y la ocupación, mucho más barroca y compleja diferenciaba entre persona propietaria del suelo, y la persona propietaria de la construcción.

²⁹PEÑASCO VELASCO, R., *De la accesión codificada del siglo XIX, a la accesión invertida del nuevo milenio y su relación con el principio de buena fe en la edificación*, Club Universitario, Alicante, 2009, op. cit. pág. 76

³⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *La accesión invertida...*, págs. 26 a 66, considera que hoy el vacío legal de nuestro Código civil, podría considerarse una “rara avis”, pero no lo era cuando se aprobó, ya que durante su gestación no existía el panorama normativo que hemos analizado, en el que pudiere inspirarse nuestro legislador, máxime cuando idéntico silencio presentaba el Código francés de 1805, en el que el nuestro se inspiró, también el Código austriaco de 1810.

³¹DÍEZ PICAZO, op. cit., págs. 305 y 306, hace un recorrido por las distintas posturas propugnadas por la doctrina española, destacando como la más idónea la defendida por DE LA PLAZA que sigue a PÉREZ ALGUER. Para aquél debían de excluirse por antieconómicas las fórmulas que condujesen a la demolición del edificio o a situaciones de comunidad; y sostiene que la posición más justa es conceder a la autoridad judicial la facultad de atribuir lo edificado al que de buena fe lo ha hecho, compensando al invadido con el precio del solar más la indemnización de daños y perjuicios. Esta solución para el autor tiene un evidente contenido social que se coordina con el sentido moderno del derecho de propiedad y lejos de contradecir nuestro sistema jurídico es concordante con él porque se inspira en las normas rectoras de situaciones semejantes y ampara la titularidad de un poseedor de buena fe, sin sacrificar los intereses del que pudiera decirse perjudicado por la adquisición del suelo invadido. Posturas doctrinales analizadas también por ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 14.

³²No es la primera vez que la jurisprudencia ha invertido la aplicación de la norma, ahí están el artículo 1137 y 1902 C.c., destaca CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Las construcciones...”, op. cit., pág. 3.

es concreción del más genérico principio *accessorium sequitur principale*, y sobre la creencia de que ambos se fundan en el mayor valor económico del suelo respecto de lo que sobre él se construya, el paso lógico siguiente para el caso de que la obra esté a caballo entre dos suelos, ha sido la conclusión de que si el valor económico-social de esa obra, unida al suelo del constructor, resulta mayor que el valor del suelo ajeno parcialmente ocupado, habrá de reputarse como principal aquella obra con la parte del suelo propio del edificante y lo accesorio el suelo invadido. Quedando así derogada o reemplazada la regla *superficies solo cedit*, para convertirla en la excepción *solum superficiei cedit*.

En síntesis, se parte de la necesidad de corregir el artículo 361 C.c. hasta derogarlo, para luego integrarlo, fundándose en la buena fe del constructor, en el consentimiento tácito del propietario invadido, que no se opone y, sobre todo, en razones de interés público³³. Respecto de este fin público, hay quien atiende a la función social que debe cumplir la propiedad privada, ex artículo 33.2 CE, otros, sin embargo, atienden al resultado antieconómico al que conduciría la aplicación rígida del principio *superficies solo cedit* (artículos 361 y ss. C.c.). Este último sentido, es el más empleado por el Tribunal Supremo³⁴ para justificar la accesión invertida, pues con ella se pretende una adecuada protección de la riqueza inmobiliaria, cuando el edificio tiene mayor valor económico e importancia social que el suelo invadido y la necesidad de garantizar la buena vecindad. Nos viene al recuerdo el “ne aspectus urbis deformetur” del Digesto, o el “por apostura, e por nobleza de las Cidades, e de las Villas, que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razón como esta” de Las Partidas.

³³DÍEZ PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Vol. II, págs. 272 y ss., en su análisis de la STS de 31 de mayo de 1949.

³⁴De “criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación” como fundamentación de la accesión invertida hablan la STS de 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4742) y la de 190 de abril de 1988 (RJ 1988/3180). Fundamentación reproducida en las SSTs de Cataluña de 22 de julio de 1991 (RJ 1991/3905) y de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/10052), traducida, esta última, al español por la STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2001 (RJ 2002/5240) y que la secunda: «La doctrina de la denominada accesión invertida o construcción extralimitada ha sido creada jurisprudencialmente para evitar los excesos que pudieran derivarse de una aplicación estricta de la adquisición de la propiedad por accesión, conforme al principio de derecho romano *superficies solo cedit*. Como expone la STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/10052) pretende realizar una justicia conmutativa que quedaría ausente muchas veces de aplicarse sin matizaciones el viejo principio antes citado, que deriva de una concepción romana de la propiedad y de una sociedad sedentaria y, como tal, agrícola y patriarcal, que tenía como elemento nuclear la casa, concepción dominical contraria a titularidades compartidas e indivisas, y era la tierra a la que se incorporaban entonces poco valorados elementos inmobiliarios: “res mobilis res vilis”. Los valores de una sociedad actual son prácticamente los contrarios y la jurisprudencia ofreció la solución al citado postulado consagrado en el arts. 358 y ss. C.c. a través de una interpretación sociológica, que comienza con la STS de 31 de mayo de 1949 y se consolida en las de 3 de mayo de 1959 y 17 de junio de 1961». De “razones de política económica, social y de buena vecindad” habla la STS de 29 de julio de 1994 (RJ 1994/6305), y en términos parecidos, en *obiter dictum* la STS de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6883) refiere “razones de equidad y justicia para evitar la demolición de lo edificado y afectar substancialmente a la actividad empresarial” que en el edificio construido se lleva a cabo.

6.2.2. La doctrina de la accesión invertida³⁵ como solución jurisprudencial al caso de las construcciones extralimitadas. Requisitos para su apreciación

La doctrina jurisprudencial sobre la figura de la accesión invertida inicia tímidamente su andadura a partir de las SSTs de 12 de diciembre de 1908³⁶, relativa a un muro medianero invasor, y de 30 de junio de 1923³⁷, que resuelve un caso típico de construcción extralimitada, obligando al edificante a pagar el precio del terreno. Doctrina finalmente desarrollada sistemáticamente por la STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721)³⁸ con la que Tribunal Supremo aborda, directa y profusamente, el proble-

³⁵La fecha en la que el Tribunal Supremo abordó por primera vez con carácter detallado el problema de la construcción extralimitada, el 31 de mayo de 1949, nos da la pista de por qué tal supuesto de hecho se hizo tan frecuente en la práctica de nuestros tribunales. No hay que buscar su razón de ser en la mala fe del constructor que conscientemente invade terreno ajeno con la esperanza de que su vecino no se percate de ello, sino en el contexto histórico. En la época de la sentencia, se acababa de superar en España la guerra civil y en Europa la segunda guerra mundial, uno de los más acuciantes problemas en torno a la vivienda era la necesidad urgente de construcción para dar techo a la población que en masa emigraba del campo a la ciudad, lo que iba a provocar conflictos nuevos carentes del necesario amparo legal. Era la época en España de la primera Ley de Propiedad Horizontal de 1939, de la primera Ley de Arrendamientos Urbanos de 1944, del artículo 16 del RH, sobre derecho de superficie, y de la primera Ley del Suelo de 1956... Entre esos nuevos conflictos de los que hablamos destaca el de la escasez de suelo urbanizable, problema real de entonces y de ahora que provoca que no sea extraño que al construir se invada terreno ajeno. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La accesión horizontal*... op. cit., págs. 48 y 49, añade como concausas además de la desproporción entre la actividad constructora y el suelo edificable, el artículo 384 C.c. que aunque reconoce el derecho a deslindar propiedades, no toda propiedad inmobiliaria ha quedado cercada, ni siquiera en el ámbito urbano. A ello también ha ayudado el Catastro y el Registro de la Propiedad, pues las descripciones que se hacen en ellos de las fincas no son coincidentes con la realidad registral. Siendo muy frecuentes los casos de edificación extralimitada a causa de dobles inmatriculaciones. Nuestro Registro de la Propiedad no da fe de datos físicos de las fincas descritas (linderos, cabida...), sino de las titularidades jurídico-reales existentes sobre ellas. También en VÁZQUEZ BOTE, E., "La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad", *RCDI*, N° 696, 2006, págs. 1557 y ss.

³⁶En la sentencia de 12 de diciembre de 1908, tomada de SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 192, se aplica sin dificultad la opción del artículo 361 C.c. para los supuestos normales de accesión de buena fe, pero no va referida a la construcción de una edificación propiamente dicha, sino a un muro medianero que invadía el suelo vecino.

³⁷La Sentencia de 1923 sí que disciplina un supuesto tipo de edificación en suelo propio y parcialmente ajeno. Concretamente, el dueño de un solar edificó sobre el mismo, ocupando con el edificio parte de la vía pública, sin haber obtenido la correspondiente licencia municipal. El Ayuntamiento afectado interpuso demanda interesando la demolición de lo edificado pero el juez *a quo* y la Audiencia se limitaron a condenar al edificante a pagar el precio del terreno invadido al estimar que el constructor había procedido de buena fe y que el Ayuntamiento no había hecho uso oportunamente de los derechos que le concedían los artículos 83 y 114 de la ley Municipal. Tal criterio fue confirmado por el Tribunal Supremo que se apoyó además en la circunstancia de que el Ayuntamiento alternativamente, en ampliación de demanda, había solicitado la indemnización por el valor del terreno. Tomada de SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 193.

³⁸El supuesto de hecho que se resuelve la STS de 31 de mayo de 1949, con CASTÁN como ponente, es el siguiente: Don Humberto, M.S., era dueño en pleno dominio de la finca denominada "Los

ma de la construcción extralimitada, precisando su concreto ámbito de aplicación y los requisitos de la figura. Por ello, es preciso, con carácter previo al análisis de sus presupuestos, el que sea reproducida literalmente, en particular, sus Considerandos 4º a 7º, ambos inclusive:

Cdo. “Que, claras y precisas las normas que estatuye el Código Civil en sus artículos 361 y siguientes, ninguna dificultad ofrece el aplicarlas para decidir las cuestiones que se susciten en los casos de construcción en suelo ajeno, por ellas reguladas atendiendo a la buena o mala fe del constructor, y aun a la del dueño del suelo cuando con la de aquél concurre, y siempre respondiendo a la regla «superficie solo cedit», derivada del principio fundamental de la accesión, de que «lo accesorio sigue a lo principal», inspiradores éste y aquélla notoriamente de los artículos 353 y 358, del mismo Código, pero tales normas no resuelven los casos de edificación en suelo que en parte pertenece al edificante, ya que ellos carecen de la base común a los supuestos para los que están establecidos”.

Cdo. “Que descansan las doctrinas científica y legal de la accesión en la existencia de una cosa que ha de tenerse por principal y de otra accesoria que al unirse forma con ella una individualidad, por lo que al merecer el suelo la primera de las expresadas calidades ha de ceder a él cuanto a su superficie se incorpore, de lo que es consecuencia la adquisición por el dueño del suelo del derecho a la propiedad de lo incorporado, según declara el artículo 353, y el de optar por hacerlo suyo pagando su valor, como dispone el 361, ambos antes citados, mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo construido constituye con aquél una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código Civil su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo antes citado y del 358, por falta de la base, necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado”.

Mártires” y de la urbana llamada “Museo de los Mártires” y vendió por escritura pública a su sobrino Don Humberto M.P. una parcela segregada de la primera de las fincas, con una superficie de cuatro mil ochocientos trece metros y catorce décimetros cuadrados, sobre la que construye un Hotel invadiendo parte de la finca de la que se había segregado. Más tarde Don Humberto M.S. vendió a Don Joaquín de A.E ambas fincas, haciéndose constar en la escritura que sobre terreno de las expresadas fincas habían construido sus sobrinos a sus expensas parte de edificio destinado a hotel para viajeros. El comprador ejerció las acciones declarativas de dominio de las fincas compradas sin gravamen ni limitación, la de deslinde y la reivindicatoria de cuantos terrenos pertenecieran a ellas con todo lo edificado, la negatoria de servidumbre y la de opción del artículo 361 C.c. Es curioso que en el mismo año 1949 se dicte la primera sentencia relacionada con el abuso de derecho. Además de la coincidencia de fechas, hay una coincidencia de fondo pues tanto el principio de buena fe, absolutamente básico en la apreciación de la accesión invertida, y el principio de la prohibición del abuso de derecho, se encuadran en el artículo 7 C.c.

Cdo. “Que este problema, creado al excederse el edificante de los límites de su suelo propio, resuelto, con criterios diversos que buscan la equidad en sus soluciones positivas, en algunas legislaciones extranjeras, no lo está por preceptos expresos en el ordenamiento sustantivo español, ni por la jurisprudencia, aunque es de notar que la Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho a hacer suyo el suelo invadido por lo edificado con extralimitación mediante el pago de su precio; y ante esta falta de preceptos positivos exactamente aplicables, habrá la misma de ser suplida, cuando no lo está por la costumbre, por los principios generales de derecho, según lo exige en su párrafo segundo el artículo 6 del Código”.

Cdo. “Que de estos principios de derecho, el que, acogido bajo forma preceptiva en los artículos 350 y 358, atribuye al dueño de una superficie de terreno el dominio de lo que a él se incorpora, podría, al ser esto divisible, conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno lo fuese de lo sobre la misma edificado, con la indemnización correspondiente al constructor de buena fe, mas no sería la misma admisible por injustificada cuando las dos porciones del suelo formasen, como en el caso sometido al presente recurso, con el edificio, un todo indivisible, no siéndolo tampoco la de establecer una copropiedad, o un derecho de superficie, que no son conciliables con el efecto de la accesión, que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas; y así hay que acudir como a raíz de los derechos que se derivan de la accesión y de las normas que positivamente la regulan al principio —ya antes considerado— de que lo accesorio cede a lo principal, y atribuir esta calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe”³⁹.

De la lectura de esta sentencia pionera, y de las demás posteriores que la confirman y completan⁴⁰ se desprende, con claridad, que el Tribunal Supremo exige para la apli-

³⁹Sentencia confirmada y mantenida con posterioridad por otras muchas: Las SSTS de 3 de marzo 1978 (RJ 1978/953), de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), de 1 octubre de 1984 (RJ 1984/4750), de 23 de julio 1991 (RJ 1991/5416), de 11 junio de 1993 (RJ 1993/5409), de 8 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9592), de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002/3191), 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171). También por la SAP de Oviedo de 7 de julio 1992 (AC 1992/1045), SAP de Granada de 6 de abril 1993 (AC 1993/810), la SAP de Teruel de 22 de noviembre de 1994 (AC 1994/2002), la SAP de Córdoba de 9 diciembre de 1994 (AC 1994/2278) y SAP de Baleares de 12 de enero de 1995 (AC 1995/101) y SAP de Toledo de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2001/95501), SAP de Guipúzcoa de 10 de marzo de 2003 (JUR 2003/41956).

⁴⁰La STS de 30 de noviembre de 1981 enumera sus requisitos: “... como ya declaró la sentencia de esta Sala de 15 junio 1981 (RJ 1981/3043), la doctrina jurisprudencial acerca de la llamada accesión invertida, mantenida a partir de la sentencia de 30 junio 1923 que exige para la aplicación del principio «accessorium cedit principali», como excepción a la regla «superficie solo cedit» recogida en el art. 361 del C. Civ. que se trate de una edificación que invade parcialmente el terreno colindante ajeno, que sea

cación de la doctrina excepcional de la accesión invertida de la efectiva concurrencia de una serie de presupuestos. Veámoslos:

6.2.2.1. Presupuesto objetivo: Construcción de un “edificio”

Esta doctrina sólo entrará en juego en los supuestos de accesión por edificación⁴¹, entendida en sentido estricto como obra nueva⁴². No será de aplicación a las obras de reparación o reconstrucción, ni a las obras de modificación como las de adecuación o

realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto y que lo edificado resulte en un todo indivisible”. En idéntico sentido, también delimita los presupuestos de la accesión invertida la STS de 1 de octubre de 1984 (RJ 1984/4750): “que para tan concreto supuesto de construcciones extralimitadas, carente de regulación específica en nuestro sistema, esta Sala ha rechazado la rígida aplicación del a regulación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno, con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada accesión invertida o inversa que ha tenido, aparte su acogida en la generalidad del a doctrina científica, las diversas soluciones legislativas que refiere la últimamente citada sentencia de quince de junio de mil novecientos ochenta y uno, constituyendo un acuerdo de doctrina que arranca de la sentencia de 31 de mayo de 1949 (RJ 1948/721), con antecedentes en las de 12 de diciembre de 1908, y 30 de junio de 1923, y que continua con las de 13 de mayo de 1959 (RJ 1959/2455), 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960/3782), la ya citada de 16 de junio de 1961, las de 26 de febrero y 17 de junio de 1973 (RJ 1973/3805), 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4742), y 15 de junio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1981 (RJ 1981/2524), siendo el invariable supuesto de aplicación de esa doctrina legal que es la invocada en el motivo único del recurso el indentificable a través de los tres siguientes rasgos: que la construcción o edificación invada terreno aledaño ajeno (1); que esa incisión se efectúa de buena fe para lo cual es indispensable que le propietario que sufre la invasión no se haya opuesto oportunamente (2); y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de la construido en contraste con el del terreno ocupado o invadido (3)”. Una larga lista de sentencias precisan los presupuestos que han de concurrir para la apreciación de la doctrina de la “accesión invertida”. Así las SSTS de 11 marzo 1985 (RJ 1985/1137), 24 enero 1986 (RJ 1986/117), 23 julio 1991 (RJ 1991/5416), 3 de abril de 1992 (RJ 1992/2936) y 11 de junio de 1993 (RJ 1993/5409), de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584), de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171).

⁴¹Restricción objetiva que también es observada en Italia. La doctrina y jurisprudencia es prácticamente unánime en considerar la aplicación del artículo 938 sólo a “la costruzione di edificio”, frente a los otros casos de inversión cuyo ámbito objetivo es más amplio: “costruzione”, “opera”. Tal postura quizá venga en respeto a su tradición renacentista de la región de la Toscana, que limitaba la accesión invertida a los palacios, o a los nobles edificios. Después vendrán el Código Albertino, el de 1865 y el vigente que restringe la accesión invertida al edificio construido sobre dos suelos de modo permanente o estable y nuevo, y que en todo o en parte sea cuerpo de fábrica o vivienda, esto es, “opera muraria complexa”. En tales términos se expresan, MONTEL op. cit., págs. 136 y 137, BORSARI, op. cit., págs. 201 a 204 y PARADISO, op. cit., págs. 264 a 266. Algo parecido también sucede en Francia, donde, salvo alguna excepción, es casi unánime doctrina y jurisprudencia en entender aplicable el artículo 555 del Code a las obras absolutamente nuevas “ouvrages”. COLIN, A y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, T. II, vol. 2º, *De los bienes y de los derechos reales principales*, trad. RGLJ y notas D. de Buen, Madrid, 1923, págs. 870, habla de “creación de un objeto nuevo”. Por el contrario considera WOLFF, op. cit., pág. 325 y ss., que el término “edificio” que emplea el § 912, sobre construcciones extralimitadas es un concepto excesivamente estrecho y que por igual interés económico de conservación existe para puentes, diques o atalayas. DEMOLOMBE, op. cit., pág. 604 y ss.

⁴²SÁN FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 126 a 128.

de ampliación⁴³, tampoco a los supuestos de plantación o siembra⁴⁴.

Lo afirmado se desprende claramente de la STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171) que resuelve un supuesto en el que la parte actora, ante la construcción de un muro por el propietario de la finca colindante que invade la finca de su propiedad, ejercita acción de deslinde de ambas fincas y solicita que, en ejecución de sentencia se practique el amojonamiento de los linderos comunes a ambos predios, también que se condene al demandado a restituir a la actora a la quieta y pacífica posesión sobre su finca invadida y a que derribe, a su costa, el muro construido sobre la finca de la actora, indemnizando por los daños irrogados. Pretensiones que son estimadas en instancia y apelación y frente a las que el recurrente en casación esgrime la doctrina de la accesión invertida. El TS tras enumerar los requisitos que han de concurrir para que se aplique la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida: “a) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior al del suelo invadido; y e) que el edificante haya procedido de buena fe”, considera que: “Tales requisitos no se dan en el presente caso; no puede calificarse como «edificio», según la definición que del mismo da el Diccionario de la Real Academia («obra o fábrica construida para habitación o usos análogos») el muro de hormigón construido para separación de ambas fincas; todo el muro ha sido levantado en el terreno que se declara ser propiedad de la actora; y, por último, no puede afirmarse la existencia de buena fe en quien, eludiendo acudir a los cauces procesales, para proceder al deslinde, ante la falta de acuerdo, procede de forma unilateral a deslindar las fincas mediante ese cerramiento de hormigón”.

⁴³Vid. la STS de 22 de febrero de 1975 (RJ 1975/721) que en su Fundamento de Derecho 3º manifiesta como presupuesto de la accesión invertida que “ha de tratarse de suelo sin edificar, y el propio recurrente en la demanda, con la que se inicia el pleito, alude a que se trata de un terreno donde había una construcción que era un local donde la demandada ejercía su venta de periódicos”. Por otro lado, la STS de 9 de julio de 1988 (RJ 1988/5601), en un supuesto en el que el constructor demandado invade el vuelo de la finca a ajena e incluso materializa la ocupación construyendo una habitación o desván sobre la planta baja del edificio vecino, el Tribunal Supremo en su fundamento de derecho cuarto rechaza la entrada en juego de la doctrina de la accesión invertida y considera tal obra de sobre-construcción como “un ataque directo al derecho de propiedad que sobre el vuelo de un inmueble de los demandados correspondía a los actores, derecho incluso materializado al estar construida una habitación o desván pisando sobre la planta baja del edificio de éstos, ataque directo que al estar significado por la destrucción operada de la habitación dicha de su tejado, no puede predicarse constituya un supuesto de «extralimitación», al constituir en realidad un «despojo» de un derecho que se posee, y menos que tal despojo pueda incardinarse ni aun lejanamente en un caso de los que dan lugar a la aplicación de la doctrina de esta Sala referente a la «accesión invertida»”. También, la STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584) en su Fundamento de Derecho primero dice que “no pueden estimarse como construcción las obras de adaptación... en el terreno para dedicarlo a platanera y en cuanto al cerramiento de la finca, se trata de construcción accesoria por esa finalidad de delimitación del predio”. En contra la SAP de Toledo de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2000/95501), admite la aplicación de la accesión invertida, por su indivisibilidad a un supuesto de ampliación de una vivienda con nuevas habitaciones que invadían la finca contigua.

⁴⁴FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3006. En contra, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *La accesión horizontal...*, op. cit., pág. 229 y ss.

En idénticos términos se pronuncia la SAP de Gerona de 27 de junio de 2007 (JUR 2007/285525), que frente a la construcción de un muro invasor de finca vecina (que servía de sostén de parte de la terraza), se ejercita acción reivindicatoria y negatoria de servidumbre de vistas. Pretensiones estimadas por el juez a quo, y frente a las que la parte recurrente alega la accesión invertida, regulada entonces por la Ley catalana 25/2001 de accesión y ocupación. La AP entiende que la figura no es de aplicación al caso por no concurrir los necesarios presupuestos, pues “exige que la edificación ha de constituir una unidad arquitectónica que sea divisible materialmente. Y debe entenderse que lo es no sólo cuando materialmente pueda efectuarse, sino cuando se puedan realizar técnicamente aquellas adaptaciones en la construcción para evitar la invasión del suelo ajeno, sobre todo cuando tal invasión es mínima. En el presente caso, efectivamente, la invasión que se produce con la construcción es mínima pues únicamente se produce con el muro exterior, parte de cuyo muro sostiene la terraza superior, y que como consecuencia de la sentencia de primera instancia, en cuyo aspecto es firme, debe ser derruido para evitar las vistas sobre la finca de los demandantes. Con lo cual si parte de dicho muro debe ser derribado, no se aprecia que técnicamente no pueda levantarse nuevamente la totalidad de dicho muro, de tal forma que no se invada la finca de los demandados, sin que por ello se afecte sustancialmente la construcción realizada, o por lo menos no se acredita, carga que correspondía al demandado, que ello técnicamente no es posible”⁴⁵.

Por último, también rechaza la aplicación de la doctrina de la accesión invertida respecto a un muro invasor de finca ajena la SAP de Palencia de 24 de octubre de 2016 (JUR 2016/258373), “como señala la jurisprudencia —refiriéndose a las SSTS de 22 de marzo de 1996 y 14 de octubre de 2002— si bien toda edificación puede considerarse una obra, no toda obra es edificación, y la construcción de un cierre no es una edificación entendida ésta como la actividad destinada a la creación de una obra o fábrica construida para habitación u otros usos análogos, según el Diccionario de la RAE, el muro construido no es más que la materialización de la línea divisoria del predio que, en este caso, ha sido construido en el terreno que se declara propiedad de la actora y, por ello, no puede ser considerado un edificio a los efectos de aplicación de la institución de la accesión invertida”.

En lo referente a plantaciones o siembras, el TS es claro. Así, en su STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584) rechaza la aplicación de la doctrina a un supuesto de extralimitación de plantaciones, por los siguientes motivos: “1) El supuesto de la accesión invertida o construcción extralimitada en el que la regla «*superficies solo cedit*» es sustituida por la de «*accessorium sequitur principale*» sólo juega en los casos

⁴⁵En contra las SAP de Asturias de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/9035), que admite la accesión invertida de un muro de hormigón que sólo se extralimita en el subsuelo ajeno, porque dice que aunque no está unido al suelo físicamente “sí lo está funcionalmente”. También, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de noviembre de 2004 (JUR 2005/22855) que admite la accesión invertida de un muro invasor que “aunque está separado del resto de la construcción forma parte indisoluble de la misma al ser imprescindible para la seguridad de ésta, dada la naturaleza y consistencia del talud, protegiéndola de posibles desprendimientos, y no sólo a la construcción de la demandada, sino a las otras fincas adyacentes al comprometer la estabilidad de la colina”.

de accesión inmobiliaria por edificación, no en las de plantación o siembra ya que en éstos no se da la invisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye, y dada la sinonimia existente entre los vocablos construir, fabricar, edificar y hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, significado que no es atribuible al término plantación; y en este sentido es de ver como todas las resoluciones de esta Sala recaídas sobre esta materia están contemplando supuestos de edificación extralimitada; es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible. 2) No pueden calificarse como construcción en el sentido dicho las obras de adaptación llevadas a cabo por los recurrentes en el terreno reivindicado para dedicarlo a platanera y en cuanto al cerramiento de la finca, se trata de una construcción accesoria por esa finalidad de delimitación del predio; 3) finalmente, la construcción extralimitada supone una invasión en pequeña extensión de fundo ajeno por lo que no puede incluirse una ocupación, como es el caso litigioso, de la total extensión de la finca reivindicada. Todo ello conduce a estimar que la sentencia recurrida ha hecho una correcta aplicación del art. 361 del Código Civil al negar que nos encontremos, como pretenden los recurrentes, ante un supuesto de accesión invertida”.

6.2.2.2. Requisitos físicos⁴⁶: Invasión del terreno por el edificio ajeno e inseparabilidad de la obra a los suelos que la inmovilizan

A. Invasión del terreno por el edificio ajeno

De un lado, resulta evidente que el supuesto al que se refiere la doctrina invocada, se produce cuando el constructor rebasa los linderos de su finca e invade la contigua, esto es, es preciso que el edificio se haya construido en suelo propio del constructor y en parte, en suelo ajeno, como reiteradamente se especifica en las SSTS de 23 junio 1923, 31 mayo 1949 (RJ 1949/721), 17 junio 1961 (RJ 1961/2728), 24 enero 1986 (RJ 1986/117) y 11 septiembre 1991 (RJ 1991/6052), y de 27 de junio de 1997 (RJ 1997/5398), entre otras.

Por ello, merece nuestra atención la STS de 4 de diciembre de 2003 (RJ 2003/8632), que aunque rechaza la aplicación de la accesión invertida, lo hace precisamente por no concurrir el presupuesto fáctico analizado. Concretamente, da respuesta a un caso en el que el juez *a quo* y la Audiencia desestimaron la demanda en la que se ejercita una acción declarativa de dominio por empresa maderera contra la Corporación local

⁴⁶Un breve recorrido por la doctrina jurisprudencial de la “acesión invertida” y por sus requisitos es realizado por CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª edición, Dilex, Madrid, 2000, pág. 105. Destacando que ha de tratarse de una construcción indivisible (no cuando se trata de dos construcciones preexistentes), que no invada la totalidad de la finca, y que se trate de edificación *ex novo*, no resultando de aplicación a obras menores.

respecto a unos terrenos municipales, entregados a la compañía en virtud de un programa de promoción industrial y después retirados por incumplimiento de las bases del proyecto. Interpuesto recurso de casación e invocada por la recurrente la doctrina de la accesión invertida, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, y rechaza tal aplicación porque es “difícilmente aplicable al supuesto que nos ocupa. La parte actora tenía derecho a edificar e instalar su industria en el suelo cedido con tal finalidad, por lo que no cabe hablar de invasión ilegítima ni pueden entrar en juego los parámetros de la buena o mala fe sobre los que se construye el régimen de la cesión. Además, no cabe duda de que la solución jurídica ofrecida en los supuestos de accesión invertida no podría aplicarse al supuesto examinado toda vez que la doctrina jurisprudencial exige para ello, no sólo que lo edificado tenga un valor e importancia superior a la del suelo invadido, sino también que se trate de una invasión o extralimitación, es decir, que se trate de construcciones edificadas en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena, condición que no concurre en este caso, en el que las naves se hallan enteramente en terreno perteneciente al ente local. En consecuencia, entendemos que la transmisión forzosa del terreno que pretende el actor no puede verse amparada por las normas reguladoras de la accesión y que su derecho sobre las naves e instalaciones litigiosas en modo alguno le faculta para obligar a la transmisión de un terreno que ha revertido en la propiedad del demandado”.

Por el contrario, sí se acuerda la aplicación de la doctrina de la accesión invertida en un supuesto de ejecución por el demandado de una edificación cuando aún no estaban definitivamente trazados los límites del proyecto de reparcelación, lo que ocasionó que la construcción se extralimitase sobre la parcela del actor. En tal sentido, la SAP de Córdoba de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/47423).

B. Indivisibilidad de la obra a los suelos que la inmovilizan

Además de la invasión física del terreno contiguo por edificación ajena, es necesario que las dos partes de suelo formen con el edificio un todo⁴⁷ “materialmente indivisible por su situación, finalidad y arquitectura”⁴⁸, porque de no haber inseparabilidad y siendo obra y suelo de diversos dueños, no habría problema grave que resolver y cada propietario se quedaría con lo suyo⁴⁹. Así, la STS de 28 de abril de 1980 (RJ 1980/1564) declara que “lo único que puede considerarse incorporado al suelo, por constituir una edificación, aunque elemental, es la levantada para atender a las futuras obras, pues ni los montones de tierra o arena colocados en la finca, ni los postes para la ulterior instalación de la conducción de fluido eléctrico, pueden considerarse

⁴⁷CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 105.

⁴⁸Que las dos partes de suelo formen con el edificio un todo materialmente indivisible por su situación, finalidad y arquitectura, es exigido expresamente en la STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721), pero también muchísimas otras como las SSTS de 23 de octubre de 1973 (RJ 1973/3805), de 6 de mayo de 1978 (RJ 1978/1815), de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), de 11 de junio de 1993 (RJ 1993/5409), de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584), de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126), y 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171).

⁴⁹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 240.

construcciones ni plantaciones, ni adheridas al suelo permanentemente. . . ”⁵⁰.

Muy descriptiva resulta la STS de 11 de junio de 1993 que rechaza la accesión invertida al faltar la indivisibilidad de los elementos invasivos por tratarse de elementos auxiliares (aljibe, paseo, piscina, y habitación destinada a bodega), considerados como accesorios del edificio principal y de valor inferior al suelo ajeno en el que se han extralimitado. También, la STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), considera que no concurre el supuesto de hecho de la accesión invertida, porque la construcción de unos locales no resulta “en modo alguno indivisibles, al estar señaladas las lindes de las diversas comunidades por el punto de colindancia, pudiéndose utilizar los locales bien por aperturas de nuevas puertas, cual se hizo con las ventanas, bien por el interior, desde el portal o hueco de escalera”.

Por otro lado, la SAP de Castellón de 16 de julio de 2008 (JUR 2008/307768) en un supuesto de extralimitación por un parque eólico, considera que para la apreciación de la doctrina invocada por la parte demandada, «*son determinantes los conceptos de edificación y su indivisibilidad*. Respecto del primero de ellos, hay que plantearse si las instalaciones industriales. . . son o no idóneas para provocar la accesión invertida. El criterio del juzgador de instancia ha sido considerarlas como no aptas para la aplicación de dicha construcción doctrinal, ya que se trata de construcciones menores que pueden ser desmontadas existiendo precedentes jurisprudenciales en ese sentido (STS 28 de abril 1980 (RJ 1971, 3250). Se tiene en cuenta por el juzgador el objeto de la ocupación objetivamente considerado, llegando a la conclusión de en sí mismo no tiene la entidad suficiente para invertir el signo de la propiedad. No se trata de valorar la totalidad del complejo industrial, que sin duda excede el valor de cualquier superficie rústica, sino únicamente de las torres y cables que ocupan la propiedad de la actora. En lo que respecta al requisito de la “indivisibilidad”, el juzgador ha llegado a la conclusión de que nada impide que los elementos que ocupan la finca propiedad de la actora puedan ser desplazados a otra ubicación ya que lo contrario, su inseparabilidad e indivisibilidad de la obra ejecutada sobre el suelo ajeno, no ha sido probado por el apelante. No se trata de desplazar todo un complejo industrial dedicado a la producción de energía eólica, sino tan sólo de los elementos ya señalados que ocupan el terreno del demandante».

Con análogos argumentos la SAP de Jaén de 19 de septiembre de 2000 (AC 2000/2224) niega la accesión invertida de un complejo de riego porque “forma un todo indivisible desde el punto de vista de su utilidad, pero desde luego, se trata de construcciones independientes, torreta, tuberías, balsa, etc. . . susceptibles de ser separadas”; similar la SAP de Murcia de 9 de marzo de 2004 (JUR 2004/170471), referido a un supuesto de invasión de fundo ajeno realizado con “un vallado de separación, una

⁵⁰No opera la accesión invertida por no haber ni estabilidad, ni verdadera incorporación indisoluble cuando se trate de quioscos, barracas, casetas de madera o de material prefabricado. Tampoco los horreos o paneras típicos de las aldeas de Asturias y Galicia. Así, la SAP de Asturias de 27 de julio de 2007, citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 242, nota. 189 que también niega la accesión invertida de unos cobertizos o barracas, en atención a su menor valor respecto del suelo invadido, por la falta de incorporación indivisible y porque no son encuadrables en el sentido estricto de edificación.

escalera de obra y caseta donde se aloja la depuradora de la piscina, con el consiguiente enlosado y jardineras”.

C. Supuestos especiales de extralimitación

C1. Extralimitación con invasión del vuelo, del subsuelo o de zonas de influencia dominical

Si atendemos al sentido amplio del término “suelo”, entendido no sólo como soporte de la edificación⁵¹, como estricta superficie⁵², sino como “espacio delimitado de la corteza terrestre” también comprensivo del vuelo y del subsuelo, y lo aplicamos en materia de accesión invertida donde se invade lo ajeno. En principio, queda claro el supuesto básico de invasión superficiaria visto, esto es, cuando se ocupa con la edificación una parte del suelo del vecino colindante; sin embargo, la solución es más compleja en los casos de extralimitación subterránea, o de invasión del vuelo ajeno. También lo es para la hipótesis de invasión no física sino jurídica⁵³, piénsese en quien construye contraviniendo con la altura de una obra, una *servitutis altius non tollendi* o una norma urbanística, o se construya íntegramente sobre terreno propio, pero abriendo huecos o balcones a una distancia del fundo vecino inferior a la que impone la ley o una servidumbre preconstituida.

La jurisprudencia relativa a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida a los supuestos de “invasión jurídica” de zonas de influencia dominical, ha estado totalmente dividida hasta la reciente STS de 13 de mayo de 2016 (RJ 2016/2041) que unifica la doctrina en esta materia. De un lado, encontrábamos pronunciamientos favorables como el contenido en la STS de 10 de diciembre de 1980 (JUR 1980/4742), que resuelve un caso de construcción por la constructora demandada, ejecutada íntegramente en terreno propio, con extralimitación jurídica en línea vertical, al no respetar las distancias mínimas exigidas por ley (artículos 582 y 583 C.c.) con sus balcones o voladizos. Tras estimarse la aplicación de la doctrina de la accesión invertida interesada en la demanda por el juez de instancia, se desestima en apelación y finalmente será el Tribunal Supremo el que declare el derecho de la demandada a adquirir por accesión invertida, y en beneficio del edificio construido, la franja de terreno discutida en los términos siguientes: “es de concluir que, la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción

⁵¹Entendido el suelo como ya se entendía en Roma, como soporte de la construcción y también como expansión de la propiedad desde el artículo 350 C.c. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. op. cit., págs. 248 y 149.

⁵²La doctrina italiana atiende al concepto estricto de “fundo” y “suelo” y niega la aplicación de la doctrina de la accesión invertida para supuestos de invasión subterránea, también la niega en los casos de invasión por voladizos, balcones o por contravenir una servidumbre *altius non tollendi*, porque encuentran su regulación en normativa específica y no en el artículo 938 del Codice. PARADISO, op. cit., pág. 264 a 266.

⁵³REBOLLEDO VARELA, A.L., “Incidencia de las servidumbres y accesión en el proceso edificatorio”, *Aranzadi Civil*, 1997, pág. 25 y ss.

que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo, al tener proyección sobre las facultades dominicales, como lo puede ser por voladizos, huecos con vistas rectas u oblicuas, terrazas con iguales posibilidades o con pasos o caminos por el suelo ajeno, como accesos a la construcción y natural es, con la propia significación, alcance y efectos, que la de haber traspasado los linderos del terreno propio; por lo que, si la accesión invertida encuentra su justificación en aquellas razones de política económica social e incluso de vecindad, dando lugar a aquella inversión, «solo cedit superficie», igualmente lo ha de ser cuando concurriendo las mismas razones de política económica, social y de convivencia, en el caso que se contempla; y dándose por otra parte los requisitos que exige la accesión invertida, esto es, la existencia de una edificación en suelo propio pero que invade parte del ajeno, pues como quedó expresado es indiferente a este respecto, que la edificación traspase el suelo o el vuelo y que el constructor haya actuado de buena fe, extremo éste no discutido, resulta indudable la aplicación de dicha figura jurídica al supuesto de autos”.

En términos análogos, y ante la extralimitación jurídica por apertura de hueco en pared colindante, y la colocación de balcones o voladizos que contravenían las distancias legales, se pronuncia el Tribunal Supremo en las SSTS de 3 de abril de 1992 (RJ 1992/2936) y de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006/8708), desestimando el ejercicio conjunto de la acción reivindicatoria y negatoria de servidumbre y dando entrada a la doctrina de la accesión invertida “ya que la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo al tener proyección sobre las facultades dominicales, como lo puede ser por voladizos”. También se pronuncian en idéntico sentido, las SSAP de Murcia de 5 de abril de 2004 (JUR 2004/146617) y de Santa Cruz de Tenerife de 4 de octubre de 2012 (JUR 2012/82119).

Doctrina que se sustentaba en la idea de que lo se adquiere por accesión invertida no era la servidumbre, al no ser la accesión un medio hábil para ello (vid. STS de 21 de noviembre de 2006 —RJ 2006/8076—), sino la franja de terreno ajeno por la extensión de la fachada colindante necesaria para que los voladizos y balcones se encontrasen a los dos metros de distancia del que resultara ser el nuevo lindero⁵⁴, y porque uno de los efectos de toda accesión, correlativo a la adquisición de la propiedad de lo accesorio por el dueño de lo principal, es la extinción de la propiedad de lo accesorio con todos los derechos y cargas (reales y personales) que sobre él existieren (salvo excepción legal en contra) y, de modo inverso, por idéntica razones de correlatividad y proporcionalidad, la adquisición de la propiedad por quien se aprovecha de la accesión ha de serlo con todos sus accesorios, con todas sus *adminicula servitutis*⁵⁵.

⁵⁴Precisa CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 259 que adquirida por accesión la propiedad del suelo ocupado, con él se han de entender adquiridas por accesión todos sus accesorios. Podría afirmarse que internamente, a los efectos adquisitivos, vuelve a operar la regla lo accesorio sigue a lo principal.

⁵⁵Añade CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 260.

En contra de tal postura, encontramos la STS de 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8079), que estima la acción negatoria de servidumbre respecto a 24 ventanas abiertas en edificio propio contiguo a solar vecino sin respeto de las prescripciones del artículo 582 C.c., porque admitir lo contrario sería una forma “extra legem” de adquirir y extinguir derechos de servidumbres⁵⁶. A idéntica conclusión llega la STS de 1 de octubre de 1984 (RJ 1984/4750), concretamente, el juicio declarativo del que dimana el recurso de casación fue precedido de un interdicto de obra nueva⁵⁷ instado por la Comunidad de propietarios demandada contra la inmobiliaria luego demandante y recurrente. En él se denunciaba que las obras efectuadas en solar contiguo invadían con sus encofrados y cimientos el terreno perteneciente a la comunidad y que, con la obra nueva, se impedía el disfrute de una servidumbre de luces y vistas (artículo 585 C.c.) constituida por el que fue propietario de ambas fincas. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la doctrina de la accesión invertida al “haberse construido la escalera del nuevo edificio, no con invasión de terreno de la finca de la Comunidad, sino conculcando el ordenamiento de la servidumbre de luces y vistas constituida por título y regulada en el artículo 585 C.c., sin respetar la existencia de la misma, no obstante las advertencias y el hallarse publicada por el Registro de la Propiedad; por lo cual no se dan en este caso el supuesto de la doctrina sobre la accesión, justamente por la existencia de una regulación legal constituida por el expresado artículo. . . al no ser la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil para ello (la adquisición de una servidumbre de luces y vistas), ya que las servidumbres solo se adquiere por los medios establecidos por la Ley”.

Postura, esta última, por la que finalmente se ha decantado el Tribunal Supremo cuando unifica doctrina en la STS de 13 de mayo de 2016 (RJ 2016/2041), al confirmar el pronunciamiento del juez de primera instancia y de la Audiencia que estiman, en parte, las pretensiones de la actora que ejercitaba en su demanda una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, e interesaba la cancelación o cierre de los huecos abiertos en pared del edificio realizado en finca colindante sin respetar las distancias legales, todo ello sin perjuicio de que se le reconociera su derecho a edificar en un futuro hasta el lindero de su finca. Frente a tal pronunciamiento, la parte demandada interpuso recurso de casación esgrimiendo, entre otros motivos, la infracción de la doctrina de la accesión invertida, que fueron todos desestimados. Entiende el Tribunal Supremo que el rechazo a la accesión invertida no debe fundamentarse, como hasta el momento se venía haciendo, en la inexistencia del requisito de la buena fe, sino “en la sumisión del juez al imperio de la Ley”. “Y, es sobre este último planteamiento, desde donde ha de enfocarse y resolverse el problema, ya que la doctrina de la accesión

⁵⁶MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 256.

⁵⁷CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 104, entre las acciones de defensa del propietario inquietado y con el fin de proteger su posesión de hecho de las distancias legales y demás limitaciones de vecindad, contemplan el recurso al interdicto de obra nueva. Es más, advierten que, en caso de obra cualificada, si no se hubiere acudido al recurso del interdicto de obra nueva (artículo 250.5º LEC) no podrá posteriormente pretender el derribo de la misma por medio de un interdicto de recobrar, y habrá que acudir al procedimiento declarativo que corresponda, ejercitando la acción negatoria o confesoria de servidumbres.

invertida, como tal creación jurisprudencial, dentro de la tarea de prestar complemento al ordenamiento jurídico que interpreta, se explica en tanto en cuanto viene a dar respuesta a una laguna legal surgida cuando la construcción no se hace toda ella en terreno propio, esto es, cuando se construye parcialmente en terreno ajeno (y se tiene buena fe). Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión, y, ninguna duda deja al respecto la aplicación al caso del artículo 582 C.c. que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Otra cosa es que la ejecución de las medidas restitutorias al estado precedente se lleven a cabo con el menor costo posible para el ejecutado”.

En términos parecidos, la respuesta que ofrece la doctrina del Tribunal Supremo cuando la extralimitación es física, no jurídica, y la construcción en finca colindante se extralimita sobre el vuelo o subsuelo de una construcción previa, ya existente en finca vecina. En tales casos, el Tribunal Supremo suele rechazar la doctrina de la accesión invertida, por considerar la extralimitación como “despojo” o lesión de las facultades dominicales del propietario sobre o bajo cuya construcción se levanta la obra invasora. Así, la STS 9 de julio de 1988 (RJ 1988/5601), que confirma la decisión del juez de primera instancia que niega la existencia de un derecho de servidumbre sobre el vuelo ajeno y ordena la demolición de una edificación construida sobre la edificación o planta baja ajena, con la siguiente argumentación: “El supuesto de hecho sometido a la decisión judicial en el caso de la presente controversia. . . es bien distinto de aquél que la preceptiva contenida en los artículos 361, 362 y 363 C.c. contempla, por cuanto no se trata del que «edifica» sobre terreno ajeno y de las consecuencias que ello conlleva según la edificación haya sido realizada de buena o mala fe, sino de un ataque directo al derecho de propiedad que sobre el vuelo de un inmueble de los demandados correspondía a los actores, derecho incluso materializado al estar construida una habitación o desván pisando sobre la planta baja del edificio de éstos, ataque directo que, al estar significado por la destrucción operada de la habitación dicha de su tejado, no puede predicarse constituya un supuesto de «extralimitación», al constituir, en realidad, un «despojo» de un derecho que se posee, y menos que tal despojo pueda incardinarse, ni aun lejanamente, en un caso de los que dan lugar a la aplicación de la doctrina de esta Sala referente a la «accesión invertida»”. Con análoga argumentación se acuerda la demolición de construcción en terraza ajena en las SSAP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2003/230075) y de Las Palmas de 7 de septiembre de 2016 (JUR 2016/234888).

En sentido parecido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), en un supuesto de extralimitación subterránea, concretamente se trata de un supuesto en el que una vez construidas y vendidas por la constructora cuatro casas adosadas, el adquirente de la última de ellas, única que contaba con sótano, excava en él lateralmente ampliándolo hasta ocupar el subsuelo de

las otras tres casas restantes, abriendo incluso ventanas al exterior aunque la única vía de entrada y salida era a través del sótano originario. En primera instancia se estima en parte la demanda sobre declaración de propiedad ejercitada por la comunidad de propietarios (de las tres viviendas cuyo subsuelo había sido invadido), pero tras declarar la propiedad de los sótanos por las casas respectivas, concede a los ocupados la opción prevista en el artículo 361 C.c. En segunda instancia la Audiencia reconoce la propiedad de los sótanos a cada casa o edificio respectivo, previa la correspondiente indemnización al edificante. Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza la doctrina de la accesión invertida esgrimida por el edificante porque el “local resultante no es en modo alguno indivisible, al estar señaladas las lindes de las diversas comunidades por el punto de colindancia, pudiéndose utilizar los locales —por cada comunidad— bien por abertura de nuevas puertas, cual se hizo con las ventanas, bien por el interior, desde el portal o hueco de escalera, es decir, que la utilización no presente como absolutamente necesario el acceso por el local del Sr. L”. Hace referencia también a la ausencia de buena fe por el edificante porque que “no puede estimarse que el Sr. L. ignorase que el terreno era ajeno, ni que creyese tener sobre él un derecho a realizar la excavación porque, cual señala la audiencia, sabía que era beneficiario exclusivamente del sótano de una determinada edificación, cuyos propios límites permiten con facilidad conocer los de aquél, triplica, excavando en tierra y rocas, su extensión superficial, abre ventanas en edificios colindantes y todo ello sin prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de hechos o circunstancias que fundadamente le hubieran permitido creer al iniciar la excavación que ésta era autorizada por el titular del suelo; si a esto se añade que no resulta «un todo indivisible», claro es que la pretendida accesión no existe, ni puede fundarse en ella el justo título para usucapir”. Por el contrario, la SAP de Asturias de 15 de marzo de 2001 (JUR 2001/152721) sí se aplica la doctrina de la accesión invertida en un caso de invasión subterránea con la construcción de dos plantas de garaje de una zona comunitaria sin edificaciones sobre rasante.

C2. La invasión total del suelo ajeno

No pocos autores⁵⁸ y SSTS, hablan de la necesidad de que en sede de accesión invertida, la invasión del terreno ajeno sea sólo parcial, de modo que la extensión de suelo ajeno invadido no sea superior, desmedida o desproporcionada respecto del suelo del constructor invasor. O, que aun siendo la invasión parcial no conlleve una afectación indirecta de la totalidad del fundo vecino invadido, pues en tales casos sería de aplicación la doctrina general de la accesión y no la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida. En tal sentido, las SSTS de 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117), de 12

⁵⁸GULLÓN BALLESTEROS, A., “Accesiones inmobiliarias”, *Protección del derecho de propiedad, en Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1994, pág. 234. En Italia también se ha interpretado de un modo excesivamente literal la expresión “porzione” del artículo 938 vigente y antes ya empleada por el artículo 452 del Codice anterior. Así lo apreciamos en MONTEL, op. cit., pág. 137 y PARADISO, op. cit., pág. 267 y 268, con cita extensa de sentencias de Cassazione. Para WOLFF, op. cit., pág. 325, carece de importancia en qué medida se haya producido la extralimitación, aunque la mayor parte de la edificación se haya construido en finca vecina.

de febrero de 2002 (RJ3191/2002), de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/1627) y de 24 de octubre de 2016 (JUR 2016/258373)⁵⁹.

Así, la STS de 11 de marzo de 1985 (RJ 1985/1137) considera que “no hay propiamente extralimitación” en un supuesto de edificación con la que se ocupan casi dos terceras partes el terreno invadido, esto es, se lleva a cabo una construcción (pabellón agrícola) que ocupa 184 metros cuadrados, de los cuales 155 metros cuadrados pertenecen al fundo vecino invadido, y en ella el Tribunal Supremo rechaza “no sólo la accesión invertida sino la aplicación del artículo 361 ya que este precepto la exige positivamente —la buena fe—, siendo de aplicación los 362 y 363 C.c. que regulan el supuesto de que se edifique de mala fe en terreno ajeno, para el cual se previene expresamente que el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra”. En sentido parecido, la STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126), donde los edificantes se extralimitaron en la construcción de un hotel en el terreno de su propiedad, invadiendo una superficie considerable del fundo vecino, con una extensión de 580 metros cuadrados, de modo que el terreno restante resultaba inútil para la edificación y el aprovechamiento urbanístico. La parte actora invadida ejercita la acción declarativa de dominio y reivindicatoria, mientras que la demandada reconviene e interesa la aplicación de la doctrina de la accesión invertida. El Tribunal Supremo rechaza la doctrina de la accesión invertida y declara que todo lo construido en la finca del actor, es propiedad de éste, sin que por ello deba indemnizar a los demandados cantidad alguna al haber obrado de mala fe. Finalmente, la STS de 26 de octubre de 1999 (1999/8163), en un supuesto en el que se construye una nave en parte propiedad de la actora (124 metros cuadrados) y en parte propiedad del constructor (112, 25 metros cuadrados), rechaza la acción reivindicatoria ejercitada por el propietario del fundo vecino invadido y estima buena fe en la extralimitación, al no haber podido la parte constructora demandada interpretar adecuadamente los imprecisos linderos identificadores del terreno, además excluye la aplicación de la doctrina de la accesión invertida y considera directamente aplicable el artículo 361 C.c.

En definitiva, la razón de justicia que subyace de tal postura es que, con independencia de que se produzca la ocupación física, en todo o en parte del suelo ajeno por la edificación a caballo, es necesario que el fundo vecino invadido junto a la construcción emplazada sobre él no sea de mayor importancia (en valor, primero y en volumen en caso de idéntico valor) que la parte construida sobre el suelo propio del constructor, porque entonces, “*accessorium sequitur principale*”, sencillamente, lo principal sería el suelo invadido y lo accesorio el invasor y debería entrar en juego, no la doctrina de la accesión invertida sino, el artículo 361, o los artículos 362 y 363 C.c. en función de la buena o mala fe del constructor.

⁵⁹En todas ellas se impone la doctrina jurisprudencial de que cuando la extralimitación supone la invasión total del fundo ajeno se aplican los artículos 358 y ss. y no la doctrina de la accesión invertida, “no puede afirmarse la existencia de accesión invertida dado que no existe una construcción extralimitada sino directamente construida sobre el terreno ajeno”.

C3. La posible pluralidad de suelos invasores o invadidos

Todavía resulta más problemático el supuesto de que una misma y única finca resulte invadida desde otros suelos, propiedad de varios constructores-invasores independientes, o el caso de que el propietario de una sola finca al realizar sobre ella una edificación invada varias fincas contiguas, o incluso que exista una pluralidad de fincas invasoras e invadidas.

El Tribunal Supremo con su STS de 28 noviembre de 2005 (RJ 2005/9836) da respuesta a un supuesto complicado en el que se ha ocupado totalmente la finca invadida, pero la invasión se ha llevado a cabo de forma plural, por parte de varios dueños de fincas colindantes. La parte invadida interesa directamente, en aplicación de la doctrina de “accesión invertida”, el pago del valor del suelo invadido por las obras extralimitadas de cada uno de los cuatro codemandados. Petición estimada parcialmente por el juez *a quo* y por la Audiencia Provincial que condenan al pago del valor del solar invadido por los distintos propietarios invasores, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta para su cálculo la fecha de reclamación (17 de junio de 1997) y su valor a precio de mercado. Se da entrada a la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida en atención, fundamentalmente, a la buena fe de los invasores ya que la ocupación de la finca ajena se produjo “por la desgraciada actuación urbanística del Ayuntamiento que fue la que permitió a los propietarios beneficiados y demandados el reparto del suelo ajeno”. Contra tal pronunciamiento los 4 invasores interponen recurso de casación esgrimiendo, entre otros motivos, incongruencia de la sentencia por infracción del artículo 361 C.c., rechazando la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida. Motivo rechazado por el Tribunal Supremo, en los siguientes términos: “consideran ambos que se ha infringido el artículo 361 del Código civil. El argumento estriba en la doctrina jurisprudencial que mantiene que la accesión invertida no se produce si la invasión del fundo ha sido total, o sea, del cien por cien, pero tal criterio no es aplicable al caso, pues, según resulta de los hechos probados, la desgraciada actuación urbanística del Ayuntamiento fue la que permitió a los propietarios beneficiarios y demandados el reparto del suelo ajeno, entre ellos, que individualmente fue parcial, no total, aunque el resultado final, fuera de ocupación por distintos sujetos de todo el terreno. No es tampoco aceptable que se esgrima como razón en el motivo quinto, que no son los recurrentes quienes se apropiaron de terreno alguno del actor, lo que obviamente pugna con la declaración de los hechos probados, salvo que quieran decir, —lo cual es irrelevante a los efectos del motivo— que dicha apropiación no hubiera sido posible sin el concurso de la irregular actuación municipal. Por lo dicho, decaen los motivos examinados”, y no ha lugar a los recursos interpuestos.

Desde la óptica doctrinal, la solución por quienes⁶⁰ han advertido que la extralimi-

⁶⁰DORAL GARCÍA, J.A. y TORRES LANA, J.A., “El *ius aedificandi* y el principio de accesión”, *RGLJ*, T. LXXXIII, Editorial Reus, 1981, págs. 37 y 38; SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 197. También, GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 165. La solución de la copropiedad no se encuentra ínsita en las normas de la accesión inmobiliaria pero sí en la accesión mobiliaria, vid. artículos 381 y 382 C.c., también en Derecho Romano y en Las Partidas la solución era la copropiedad en el caso de plantaciones extralimitadas, cuando su propiedad no podía determinarse individualmente a favor de ninguno de los terrenos confines al estar las plantaciones enraizadas por igual en ambos suelos.

tación puede ser cuestión de más de dos suelos, pasa por la copropiedad, o la constitución de un derecho real de superficie u otro derecho real que permita la coexistencia de las distintas construcciones invasoras, pero actuando al margen de la accesión, con su paralización y el recurso a la autonomía de la voluntad de las partes con culminación en acuerdo.

Sólo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁶¹ recurre para su solución a las normas de la accesión y al principio *superficies solo cedit*, y reconoce que su aplicación culmina “en una lucha de titanes”, en una pugna de suelos que atraen para sí la construcción ejecutada sobre ellos. La solución a tal pugna la alcanza, dentro de la formulación de su teoría de la “accesión horizontal”⁶², con el recurso al principio general “accessorium sequitur principale” que da respuesta, amén del caso ordinario de extralimitación con implicación de sólo dos suelos, tanto al caso de invasión de una finca por construcciones desde diversos frentes, como al caso de que una misma obra invada varias fincas, atendiendo para ello al suelo de mayor importancia (primero en valor y, en su defecto, en volumen, también de edificabilidad⁶³). En el primer supuesto, en cada porción invadida se producirá de forma individualizada el resultado de la accesión horizontal. Y en la segunda hipótesis, el suelo de mayor importancia será el que atraiga para sí, uno a uno, los suelos afectados, esto es, el suelo de mayor relevancia, atraerá hacia sí a los suelos menores invadidos. Por último, para el caso de que los suelos enfrentados tengan igual valor e igual volumen (cosa rarísima como afirma GARCÍA GOYENA⁶⁴ en su comentario al artículo 418 del Proyecto de 1851, pero susceptible de ser planteado), considera este autor que es ahí donde habría que atender realmente al factor trabajo, y comparar suelo invadido con edificio invasor en su totalidad y no sólo en su parte extralimitante.

6.2.2.3. Requisitos subjetivos: Titularidad y buena fe del constructor extralimitante

De forma unánime, el Tribunal Supremo exige, como presupuestos absolutamente necesarios para la adquisición de la franja de terreno ajena invadida, que quién pretenda la accesión invertida sea titular de lo edificado (Vid SSTs de 29 de junio de 1984 —RJ1984/3442— y de 16 de octubre de 2006 —RJ 2006/9342—) y la concurrencia de

⁶¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 125 y ss. Estamos ante uno de los mayores defensores del principio *superficies solo cedit* y más duros críticos con la doctrina de la accesión invertida, ya que rechaza que se tuviera que excepcionar e invertir el principio *superficies solo cedit*. En sede de extralimitación lo que ocurre es que nos encontramos con dos suelos en pugna pero para él la solución era tan sencilla como determinar cuál de ellos se puede considerar como principal, en atención primero a su valor y en su defecto a su volumen.

⁶²Término al que también se hace referencia en la doctrina italiana MONTEL, op. cit., pág. 137, PARADISO, op. cit., pág. 286.

⁶³Tratándose de inmuebles es muy importante la cuestión del tamaño, del volumen de edificabilidad. Los suelos, por su aptitud expansiva y atractiva, en sentido vertical, deben ser tenidos en cuenta no sólo en lo relativo a los metros cuadrados de su superficie sino también la posibilidad de extensión tridimensional, según permita al respecto la legislación.

⁶⁴GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 369.

buena fe en el *dominus soli* que se extralimita⁶⁵.

Respecto al presupuesto ético, el Tribunal Supremo ha venido defendiendo, fundamentalmente, una concepción subjetiva⁶⁶ de la buena fe, entendida como la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece, o la creencia de que se está construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tiene derecho a construir. Así lo dispone expresamente la STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126).

Sin embargo, desde la doctrina⁶⁷ se ha advertido que una regla que se sustente única y exclusivamente en la buena fe subjetiva del constructor, no incentiva la inversión en diligencia, ni sanciona una negligencia o error inexcusable. Por ello, en accesión invertida se exige la presencia de un “error facti”, “una errónea creencia nacida de un error excusable” que, en la mayoría de los casos de extralimitación, versará sobre los linderos, las fronteras o confines de las fincas colindantes, aunque también podrá consistir en ignorar algún vicio o mácula existente en el título por el que se adquiere la finca vecina sobre la que en parte se construye de modo indebido (por ejemplo, un error existente en el título respecto a la descripción de los linderos). Así, no puede

⁶⁵FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3008, como requisito subjetivo previo del que dependerán los demás, exige para que proceda la accesión invertida que el constructor que se extralimita sea propietario de lo edificado, titularidad que conlleva además la necesidad de una adecuada identificación de la finca. Así la STS de 16 de octubre de 2006 (RJ 2006/9342) manifiesta: “siendo el invariable supuesto de aplicación de esta doctrina el identificable a través de los tres siguientes rasgos: que la construcción o edificación invada terreno aledaño, que esa inmisión se efectúa de buena fe, siendo indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente, y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido”. Pero resulta lógico entender que el presupuesto previo para la aplicación de tal doctrina implica la declaración de dominio de quien reclama sobre el terreno de su propiedad que afirma haber sido invadido y, por tanto, la exigencia de los requisitos propios de la acción declarativa de que se trata entre los que se cuenta, como requisito común a la acción reivindicatoria, la adecuada identificación de la finca. La sentencia de esta Sala de 5 febrero 1999 (RJ 1999, 749) establece que “es doctrina reiterada de esta Sala, cuya notoriedad excusa la cita pormenorizada de las resoluciones en que se contiene, la de que la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquél al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de instancia”.

⁶⁶FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3014.

⁶⁷CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 272 y 273 entiende que “el que construye extralimitándose en finca ajena no será generalmente un poseedor de buena fe del art. 433. Salvo casos aislados (como por ejemplo compra de dos fincas contiguas al mismo dueño y la venta de una de ellas es nula, o bien una de las fincas no pertenece al vendedor), el constructor entra en posesión de la finca ajena sin un título sobre el que pueda proyectarse la creencia o la ignorancia. Psicológicamente, ni si quiera puede hablarse aquí de título putativo. El constructor nunca piensa, por ejemplo, que puede construir en aquel terreno por haberlo recibido en herencia. En realidad, el constructor que se extralimita no tiene ninguna creencia, errónea o cierta, proyectada sobre el terreno ajeno en que construye. La posesión que ostenta sobre la finca invadida, siendo una posesión indebida, no es una posesión viciada”. También en CARRASCO PERERA, A., “La accesión invertida. Un modelo para la argumentación jurídica”, *RDP*. N° 80, 1996, págs. 909 y 910. Díez PICAZO, op. cit., pág. 287; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 192 y FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3015.

estimarse que la buena fe del constructor sólo y estrictamente sea la buena fe posesoria del artículo 433 C.c., ni la de la usucapión del artículo 1950 C.c. Recordemos, que en el artículo 433 C.c., el error va referido a un vicio, cualquiera que éste sea, que padece el título por el que se posee una cosa; y en el artículo 1950 C.c., aún más restringido, el error va referido a un vicio concreto, al consistir en una adquisición a *non domino*. Tales errores, pueden concurrir y, en efecto, concurren en muchos supuestos de accesión, pero en sede de accesión invertida, la buena fe es más amplia y diversa, exige cierta honradez *ex* artículo 7.1 C.c., pues aquel “error facti” debe ser excusable, diligente, fundado o razonable⁶⁸.

Quedará descartada esa diligencia y prudencia, y habrá de apreciarse la mala fe, en aquellos casos en los que el edificante construye extralimitándose con dudas razonables sobre los linderos de su finca o sobre el título por el que construye, como sucede en los supuestos de doble inmatriculación de una finca, o cuando se conoce la discordancia existente entre Registro de la Propiedad, Catastro y realidad extrarregistral, cuando no hay linderos o existe confusión sobre tales lindes, o en los casos de conflicto de intereses ya creado sobre su determinación, ya sea privado o esté iniciado un procedimiento judicial para la determinación de linderos, entre otros supuestos similares. Lo correcto y diligente en tales casos sería, antes de construir, interponer acción de deslinde, desbloquear la doble inmatriculación, etc. . . , ya que si conociendo tales circunstancias se construye con resultado de extralimitación, habrá mala fe. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171) cuando refiere “no puede afirmarse la existencia de buena fe en quien eludiendo acudir a los cauces procesales para proceder al deslinde, ante la falta de acuerdo, procede de forma unilateral a deslindar las fincas mediante ese cerramiento de hormigón”. También se aprecia mala fe por el Auto de 2 de noviembre de 2016 (JUR 2016/249286) que inadmite el recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 361 y 364 C.c. y de la doctrina de la accesión invertida. Se trata de un supuesto de extalimitación de una sociedad constructora en los terrenos de otra empresa. La parte recurrente conocía perfectamente los linderos de ambas fincas, ya que, con carácter previo al comienzo de la construcción, había intentado incluso su adquisición y, ante la negativa de venta procede a su invasión parcial. En primera instancia se alega por la sociedad constructora, la doctrina de la accesión invertida, rechazada por el juez *a quo* que declara la mala fe de la sociedad constructora extralimitante y acuerda la demolición de la obra. Extremos íntegramente confirmados por la Audiencia. Finalmente el Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho tercero considera que el recurso no puede prosperar porque “la parte recurrente elude parte los hechos a los que atiende la sentencia para negar su buena fe (conocimiento de la delimitación de la finca) y además para afirmar su mala fe, afirmación que atiende no sólo a un intento previo de compra del terreno y al conocimiento de los anteriores titulares que transmitieron a la parte recurrente, sino también al hecho de haber continuado y haber ampliado la ocupación después de

⁶⁸CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 196, estima que la buena fe puede medirse perfectamente con la diligencia que se exige conforme al artículo 1104 C.c. En Italia se exige “la diligencia de un hombre medio en sede de accesión inmobiliaria”.

interpuesta la demanda”⁶⁹.

En cualquier caso, la determinación de si se ha actuado o no de modo diligente y razonable, será una cuestión a determinar *ad casum*⁷⁰, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar⁷¹, pudiendo establecerse unos criterios de valoración:

1. En primer lugar, si el constructor es consciente o, atendidas las circunstancias del caso, hubiere podido conocer la irregularidad “inexcusable” de su conducta⁷², no se aplicará la doctrina de la accesión invertida y la construcción podrá ser demolida⁷³ a instancias del propietario invadido y con base en el artículo 363 C.c. Para el Tribunal Supremo en caso de mala fe o error inexcusable “hay necesidad ante la existencia de una laguna legal de colmar la misma con los preceptos del Código referentes a la edificación o plantación con mala fe en terreno ajeno (artículo 4.1 C.c.)” Vid. STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126). Sin embargo, la doctrina sólo entiende aplicable tal opción, y el recurso a la demolición con el importante matiz de “si ello es posible”⁷⁴. En terreno de equidad, parece más apropiado conceder al dueño el derecho que le otorga el artículo 361 C.c., y optar entre exigir al constructor de mala fe el valor del terreno invadido más indemnización por daños o perjuicios; o adquirir el edificio más el suelo del edificante a cambio de una compensación económica a determinar por los Tribunales en cada caso concreto. Esta idea (contemplada también por el legislador catalán artículo 542-11⁷⁵) abunda en nuestra doctrina, SÁNZ FER-

⁶⁹Vid. también las SSTS de 22 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7900) que versa sobre un supuesto de extralimitación y apertura de ventanas sobre un camino privado, y de 1 de octubre de 1991 (RJ 1991/6884) relativa a un supuesto de extralimitación de mala fe sobre finca vecina.

⁷⁰CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 196.

⁷¹FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3015.

⁷²Supuesto carente de regulación expresa en nuestro ordenamiento y que es integrado por analogía con las normas reguladoras de la construcción íntegra de mala fe en terreno ajeno, artículos 362 y 363 C.c. FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3015. Así lo dispone expresamente la STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126): “en ordenamientos extranjeros se contemplan los supuestos de la llamada construcción extralimitada, y aunque la doctrina jurisprudencias ha llenado este vacío con la llamada accesión invertida, atribuyendo la propiedad ajena, previa la correspondiente indemnización, sin embargo, para que tal suceda ha requerido siempre la existencia de la buena fe en el constructor, esto es, que la invasión se haya producido, en la creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir, situación que no se ha producido en el caso de autos... por lo que hay necesidad ante la existencia de una laguna legal, de colmar la misma con los preceptos del Código referentes a la edificación o plantación con mala fe en terreno ajeno que no son otros que los que se dicen aplicados indebidamente por el recurrente, por regular hechos similares (artículo 4.1 C.c.)... , hay que declarar que la propiedad de lo edificado en terreno del actor, pertenece a éste y proceder a lanzar del mismo a los demandados”.

⁷³GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 165, rechaza la demolición de la obra aun en el caso de que el constructor extralimitante actúe de mala fe, por evidentes razones económico sociales.

⁷⁴SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 197 y 198.

⁷⁵El legislador catalán en el artículo 542-11 para los casos de extralimitación de mala fe prevé que el propietario del suelo invadido pueda exigir a quien ha edificado el derribo, a cargo de éste, de todo cuanto ha construido en suelo ajeno y la indemnización por daños y perjuicios, todo ello sin perjuicio de las facultades que le otorgan los artículos 542-7 relativo a la construcción en suelo ajeno con valor

NÁNDEZ⁷⁶, LATOUR BROTONS⁷⁷, GARRIDO DE PALMA⁷⁸, DÍEZ PICAZO⁷⁹, como la más lógica y acorde con los principios generales y la equidad, y más apropiada que encauzar el supuesto hacia una propiedad superficiaria o propiedad horizontal no pensada por nuestro legislador e inencajable en puridad al caso concreto. En contra, se pronuncia tajante ALBALADEJO⁸⁰ para el que faltando la buena fe no hay que tener contemplaciones con el constructor y con la pérdida de valor económico-social que provoca la demolición, pues desde que comienza a levantar la edificación “debería saber que la arriesgaba por su mala fe”. Son muchas las razones que se esgrimen en defensa de su postura, destacamos las más sobresalientes: 1.- De no permitir la demolición, se facilitaría un camino inadmisibles para conseguir hacerse con un terreno ajeno (aun pagándolo), que quizá la propiedad no le quiso vender; 2.- La privación del *dominus* invadido de su posibilidad de pedir la demolición, le estaría abocando a la opción de ceder el suelo o adquirir todo lo construido y suelo ajeno, quizá un dilema sobre opciones no deseadas provocadas por la mala fe ajena ¿es justo poner al *dominus soli* invadido en la necesidad de aceptar algo que no quiere, o que no le conviene por causa de otro que obró de mala fe?; 3.- La protección al valor económico que se encuentra en la esencia de no permitir la opción, choca con los principios que la ley establece en el artículo 1098.2º C.c. que permite “que se deshaga lo mal hecho” y el artículo 363 C.c. en sede específica de accesión, que contempla en caso de mala fe, la demolición; 4.- Además, en caso de mala fe, no hay que ver el edificio derruido, porque el régimen del Código civil sobre accesión es dispositivo, derogable convencionalmente⁸¹, y siempre habrá posibilidad de transacción, si el constructor pierde más con la demolición que con alcanzar un acuerdo, y acceder a las peticiones del *dominus soli* invadido, salvo que constituyan un abuso de derecho⁸².

superior del suelo y 542-9, relativo a la construcción en suelo ajeno con valor superior de la construcción. Concretamente, en el artículo 542-9.3, se contempla la posibilidad de que el *dominus soli* invadido opte por una indemnización en especie, consistente en la adjudicación de pisos o locales cuando se haya construido en régimen de propiedad horizontal o incluso cuando no se hubiere construido en régimen de propiedad horizontal pero dicho régimen pueda con posterioridad, “constituirse físicamente en el edificio construido”. Aunque finalmente añade que, la facultad de exigir el derribo decae si causa un perjuicio desproporcionado a los constructores según las circunstancias específicas del caso apreciadas por el tribunal.

⁷⁶SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 197 y 198

⁷⁷LATOUR BROTONS, J., “La construcción extralimitada”, *RDP*, 1966, págs. 261 y ss.

⁷⁸GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 167.

⁷⁹DÍEZ PICAZO, L., “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, *RCDI*, Nº 455, 1966, pág. 852.

⁸⁰ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, pág. 295.

⁸¹En contra GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 171 y 172, que considera que sólo puede ser exceptuado cuando la ley así lo permita, al contrastar el silencio del artículo 358 C.c. con la expresa remisión al pacto en contrario del artículo 934 del Codice vigente (también con el artículo 542-2 C.c.c). Olvida que la puntualización o concreción de la norma italiana es imprescindible habida cuenta del sistema de *numerus clausus*, de tipicidad en Italia en materia de situaciones jurídico-reales. PARADISO, op. cit., pág. 22 y ss.

⁸²A lo expuesto ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, cit. T. III, págs. 294 y 295 añade: 1.- que si el

2. En segundo lugar, si el constructor ignora, con “error excusable” las circunstancias reales de su derecho, será de aplicación la doctrina de la accesión invertida salvo que el propietario invadido se haya opuesto en modo y tiempo oportuno.

Así, para que la extralimitación se produzca de buena fe, y no quede destruida su presunción, entiende el Tribunal Supremo, es necesario que el *dominus* invadido no se haya opuesto a su ejecución oportunamente, tal y como lo refieren las STS de 11 de marzo de 1985 (RJ 1985/1137), 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708) y 16 de octubre de 2006 (RJ 2006/9342) para las que la oposición “impide no sólo la accesión invertida sino la aplicación del artículo 361 C.c. ya que este precepto la exige positivamente, siendo de aplicación los 362 y 363 C.c. que regulan el supuesto de que se edifique de mala fe en terreno ajeno, para el cual se previene expresamente que el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra”.

Según la STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001/5976), para hablar de oposición oportuna o tempestiva, “no es suficiente un mero requerimiento al poseedor para convertirlo en poseedor de mala fe, es necesario pruebas o indicios circunstanciales por lo menos de que no le pertenece el dominio de la cosa, con objeto de poner al requerido en un estado de duda razonable sobre su posición jurídica. Y si bien debemos aclarar que tal oposición no impedirá la aplicación de la doctrina de la accesión invertida cuando las particulares circunstancias permitan basar la fundada convicción del constructor de que ostenta el dominio o título que le habilita para construir en la franja de terreno indebidamente ocupado”. Sigue esta misma postura, la SAP de Burgos de 8 de marzo de 2004 (JUR 2004/112237), considera fundada la oposición a la construcción realizada en el patio de la bodega propiedad de las actoras, al decir: “De las actuaciones resulta evidente que las demandantes no han consentido en ningún momento la construcción que los demandados llevaban a cabo en parte del terreno de su propiedad, reaccionado mediante la interposición del correspondiente interdicto de obra nueva que se siguió en la juzgado de Aranda de Duero nº 2, juicio verbal nº 68/2001 y, una vez finalizó con sentencia desestimatoria del interdicto, motivó la promoción del presente pleito”, lo expuesto “demuestra la mala fe de los demandados que se plasma en la realización de la nueva construcción a sabiendas de que no tenían derecho a hacerla sobre el terreno propiedad de las demandantes”.

En definitiva, la oposición ha de ser oportuna, fundada y temporánea⁸³, pero no necesariamente victoriosa en los Tribunales. Para ello será suficiente con que la opo-

dominus soli también actuara de mala fe, para después prevalerse de su facultad de pedir la demolición o exigir condiciones muy ventajosas en una posible transacción, ello quedaría compensado y se evitaría la demolición porque el asunto se resolvería de conformidad a lo previsto en el artículo 364 del Código civil y 2.- que la buena fe, en sede de accesión invertida se presume, de ahí que la mala fe del constructor deba ser probada. Lo que implica otra protección contra la amenazante demolición.

⁸³Vid. también, la STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708) para la que es necesario que en algún momento el constructor salga de su error, debiéndose apreciar si existe buena fe “en relación al momento en que se construye sobre terreno ajeno”. La STS de 237 de noviembre de 1984 al final de su Considerando 4º dice que “el comportamiento de buena fe en la construcción hay que entenderlo no con relación a la terminación de la obra y su desarrollo, sino cuando se produjo con efectividad la actividad constructiva”. La siguen la SSAP de Las Palmas de 14 de enero de 1998.

sición se lleve a cabo de forma inmediata al conocimiento de la invasión⁸⁴, durante el *iter constructivo*⁸⁵, y sea razonable, tanto, que al menos genere una duda del mismo carácter, que permita sacar de su error excusable al constructor extralimitante⁸⁶, esto es, la sola duda exige en el constructor esa prudencia, esa diligencia que hará excusable su error⁸⁷.

Por ello creemos que, en este punto el Tribunal Supremo yerra, al hacer depender la buena fe de la falta de oposición, como si ésta fuera un requisito de aquella, cuando lo lógico es concluir que se trata de factores totalmente autónomos. Ni la oposición hace de mala fe al constructor⁸⁸, ni la falta de oposición sana la reprochabilidad de la conducta. Sin embargo, sí coincidimos con la opinión doctrinal mayoritaria⁸⁹ y jurisprudencial de que el estado de conocimiento y la actitud del *dominus soli* invadido, puede servir para poner en conocimiento al invasor la circunstancia de que se está extralimitando y ocupando con su obra parte de la finca ajena, y que si prosigue con su actitud constructiva lo hará ya con conocimiento de la indebida invasión de suelo ajeno, y a partir de ese momento, su actuación podrá ser considerada de mala fe. Aunque “la estimación sobre la existencia o no de la buena fe, como cuestión de hecho, está reservada su apreciación al Tribunal de instancia” (SSTS de 27 de enero de 2000 [RJ 2000/126], 4 de octubre de 1996 [RJ 1996/7037], 29 de abril 1986 [RJ 1986/2039], 30 de noviembre de 1981 [RJ 1981/4682]).

⁸⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit. pág. 218 a 222.

⁸⁵El problema se plantea en que las obras pueden durar bastante tiempo, y en ese lapso de tiempo desaparecerla ignorancia excusable que tuviera el edificante. NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., pág. 139, considera que a partir de ese momento, en el conoce la ajenidad del terreno, si continúa el proceso constructivo sería constructor de mala fe, con aplicación de los artículo 362 y 363, o a lo sumo el 364 C.c. si conociendo la invasión no se opuso.

⁸⁶Vid. la STS de 14 de julio de 1988 (RJ 1988/5689), que en un supuesto de venta por quien no aparecía como titular registral, y ante la intención del recurrente de hacer valer el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo sentencia «el recurrente mantenía dudas fundadas de que el terreno por donde discurría el cauce de riego era de la propiedad de la Comunidad de regantes actora, que con anterioridad a la adquisición de la finca donde radicaba y de otras limítrofes, gestioné de aquella en términos inequívocos la compra de dicho terreno y, de otra, porque lo que cuestiona no es que dicho cauce de riego no existiera en la realidad y sí solamente que la Comunidad no ostentaba la titularidad dominical que sobre el mismo se atribuía, circunstancia que al abonar la conclusión de que no ignoraba o desconocía la existencia dentro del perímetro de la finca que se le transmitía de una porción de terreno que no era propiedad del transferente, impedía le fuera atribuida la buena fe que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para sancionar a favor del tercero adquirente con presunción “iuris et de iure” la exactitud del asiento obrante en el Registro de la Propiedad a favor de su causante».

⁸⁷CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 225.

⁸⁸CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 352, considera que la mala fe del constructor, para serlo, no necesita oposición alguna y que para observar su buena o mala fe hay que atender a su estado de conocimiento, o ignorancia en sí mismo considerado.

⁸⁹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 393 y 394; GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., págs. 226 y 227 muy ilustrativo cuando afirma “hay que alejar la equivocada y perturbadora idea de que una simple y escueta oposición destruye la buena fe del tercero”; NÚÑEZ BOLUDA, op. cit., págs. 26 a 31; MOLL DE ALBA, op. cit., págs. 144 y 155, también 205, entiende tal conexión a la vista del Usatge “Si quis in alieno” que se refería al que edificaba “de mala fe, sabiendo que edificaba en suelo ajeno contra la voluntad del dueño”.

6.2.2.4. Requisito económico: Valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ajeno invadido

Con carácter general, se exige para aplicar la doctrina de la accesión invertida que el valor de la construcción sea superior al valor del suelo invadido. Se introduce así, un criterio de valoración económica de los bienes para redefinir la relación accesoriedad/principalidad que no es ajena a nuestro legislador (cfr. 376⁹⁰ y 377 C.c.). Sin embargo, para fijar con precisión los términos de tal relación es necesario averiguar cuáles son los valores concretos a comparar para conocer qué es lo principal y qué lo accesorio.

La STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721) se refería a la “mayor importancia y valor del edificio unido al suelo del edificante respecto a la parte de terreno invadido”. Sin embargo, en sentencias posteriores este requisito es expresado con fórmulas distintas⁹¹. De modo que, conforme a la teoría jurisprudencial de la accesión invertida, en la determinación de lo principal y de lo accesorio no hay un criterio único, lo que origina una jurisprudencia dispar y carente de uniformidad:

Una primera tesis, que representa la mayoría en la jurisprudencia, considera que es de aplicación la accesión invertida, cuando, entre otros requisitos, el valor del edificio en su totalidad es superior “desproporcionadamente” al valor del suelo ajeno en su parte invadida. Vid. las SSTS de, de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), de 1 de octubre de 1984 (RJ 1984/4750), de 11 de marzo de 1985 (RJ 1985/1137), de 23 de julio de 1991 (RJ 1991/5416), 3 de abril de 1992 (RJ 1992/2936). Siguiéndolas las SSAP de Badajoz (JUR 2003/158098), de Toledo de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2001/95501), de Islas Baleares de 20 de junio de 2000 (JUR 2000/269787), de Pontevedra de 20 de octubre de 2016 (JUR 2016/251056) y de Palencia de 24 de octubre de 2016 (JUR 2016/258373).

Un segundo criterio, menor en el número de pronunciamientos, considera que hay accesión invertida cuando el valor del edificio, considerado en su totalidad, más la parte del suelo propio del constructor ocupada por la obra, es superior al valor del suelo ajeno también ocupado. Lógicamente, aquí las posibilidades de accesión a favor del constructor son obvias. Es, precisamente, esta la comparación realizada por la STS de 31 de mayo de 1949, seguida por otras como la SSTS de 6 de mayo de 1978 (RJ 1978/1815), de 11 de junio de 1993 (RJ 1993/5409), de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584) y 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171). También es la acogida por el

⁹⁰Cfr. Artículos 376 y 377 C.c. El primero dispone “Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección”, seguidamente señala el artículo 377 C.c. “Si no puede determinarse por la regla del artículo anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de más valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen”.

⁹¹MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 260.

legislador catalán en su artículo 542-7⁹² y 542-9⁹³.

Por último, una tercera tesis, sostenida de modo más aislado, exige “que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno”, vid. STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001/5976). Se prescinde del valor de los suelos y se atiende sólo a su extensión para dividir de forma ideal y vertical el edificio recayente sobre ellos y comparar su valor de cada fracción.

Independientemente del criterio por el que se opte, es criticable que el resultado coincide con el fin pretendido desde un principio, la inversión del principio *superficies solo cedit* porque en la mayoría de los casos el edificio invasor será el elemento de mayor valor y, por tanto, será considerado elemento principal. Como advierte CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁹⁴, se trata de comparaciones totalmente descompensadas. Así, la primera tesis que es la mayoritaria, compara económicamente toda la obra, con el suelo ajeno invadido; la segunda tesis, compara una parte del suelo invadido, con la obra global más suelo propio del constructor; y la tercera prescinde de los suelos y atiende únicamente al valor de la construcción idealmente dividido sobre cada suelo.

Para evitar tales excesos, hay quienes defienden como más proporcionada la comparación económica entre el suelo invadido y la parte de edificio que recae sobre el mismo⁹⁵. Otros, como CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, sobre la base de que sólo es posible excepcionar el principio *superficies solo cedit* cuando la ley lo haga o permita, entiende que el suelo es siempre lo principal y el edificio será lo accesorio, y sobre esta premisa básica, para resolver el problema de la extralimitación no habría que volver a dicha regla, no hay que comparar suelo y obra, sino que hay que determinar qué suelo es el principal y cual el accesorio. Para ello propone la aplicación extensiva de los criterios contenidos en el artículos 376 y 377 C.c., y a partir de ahí aplicar el artículo 360 C.c. cuando el suelo del edificante invasor sea principal y el suelo invadido su accesorio, o para el caso de que el suelo invadido sea el principal, aplicar directamente los artículos 361, 362 y 363 C.c. en atención a la buena o mala fe del constructor invasor⁹⁶.

Cuestión resuelta con maestría hace setenta años por ALONSO PÉREZ⁹⁷ y que considero de total actualidad. Este autor, ante la ausencia de regulación legal entiende “indudable”, como punto de partida, la accesión y el principio *superficies solo cedit*, y a

⁹²Artículo 542-7, dice: “Construcción en suelo ajeno con valor superior del suelo. 1. El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por:...”

⁹³Artículo 542-9, manifiesta: “Construcción en suelo ajeno con valor superior de la edificación 1. El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es inferior o igual al de la construcción y el suelo ajeno, debe ceder la propiedad de la parte del suelo invadida a los constructores si estos lo indemnizan por el valor del suelo más los daños y perjuicios causados y si la edificación constituye una unidad arquitectónica que no es materialmente divisible”.

⁹⁴CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 127.

⁹⁵MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 260.

⁹⁶CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 125.

⁹⁷ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 196

partir de ahí es necesario observar las desviaciones que, en función de la buena o mala fe del constructor, se produzcan sobre la regulación general.

Así, si el extralimitante lo hace de buena fe⁹⁸, el *dominus* invadido podrá optar por vender su franja de terreno invadida a cambio de que se le abone el valor del suelo. Aunque, el problema real se plantea en la primera de las opciones que ofrece el artículo 361 C.c., al haberse producido una unificación de los solares más la edificación⁹⁹. Para llenar esta “laguna” es necesario el recurso a los principios generales del derecho, y el único principio aplicable que rige en materia de accesión sería el principio *accessorium sequitur principal*, según el cual cuando dos cosas de diferentes propietarios se reúnen en una sola, el todo debe pertenecer al dueño de la cosa principal.

La determinación de quién debe quedarse con la unidad, se hará comparando suelos y no el edificio, atendiendo a los datos de: importancia, valor y volumen. Será pues suelo principal el suelo sobre el que se apoye la mayor parte o la parte más importante del edificio; si de este modo no se puede determinar, será principal el suelo de mayor valor, y si fueran tales circunstancias idénticas, será principal el de mayor extensión. Lo que arroja tres posibilidades:

1. Es principal el solar del edificante. En tal supuesto se atribuirá a éste la totalidad del suelo mediante pago del valor de su suelo al propietario invadido¹⁰⁰.
2. Es principal el suelo invadido. Entonces correspondería la totalidad al *dominus* del suelo invadido, debiendo pagar el valor de suelo más edificación.
3. Para el caso de que no sea posible determinar cuál de los dos suelos es el principal. Entiende el autor¹⁰¹ que habría que considerar establecido un condominio

⁹⁸En caso de mala fe, la doctrina y jurisprudencia de forma casi unánime optan por la demolición. Vid. FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3015. SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 197 y 198 considera, que el *dominus* podría tener la opción de quedarse con todo lo edificado sin tener que indemnizar por la edificación en la parte proporcional que corresponda a su suelo, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, o podrá optar por la demolición.

⁹⁹SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 94 y 95, distingue según la edificación sea o no indivisible. Entendemos que si es susceptible de división no hay problema, ni laguna legal, pero si no es susceptible de división, son varias las opciones por otros planteadas y por este autor analizadas y rechazadas: 1. La solución alemana de tolerar la edificación a cambio de la satisfacción de un canon. A la que se opone nuestro en nuestro Derecho la idea fundamental que late en los preceptos de la accesión, de que no es posible tal separación del dominio del suelo y del vuelo sino cuando por acuerdo de voluntades las partes pactan un derecho de superficie o de sobre o subedificación, etc. . . que permita tal disociación. 2. La postura de LACANTIER de hacer dueño a cada uno de la parte de edificación que se levanta sobre su suelo, pero la regulación legal del condominio en nuestro ordenamiento admite, sólo la posibilidad de que una cosa pertenezca a varias personas por cuotas abstractas, pero no partes materialmente determinadas, lo que sólo es posible en un edificio al amparo del artículo 396 del Código civil, a través del régimen de propiedad horizontal, lo que sería un supuesto de divisibilidad del edificio. 3. La de crear un condominio sobre todo el edificio, pero la hostilidad con que nuestro Código mira a la proindivisión impide su creación a través de interpretaciones extensivas o analógicas.

¹⁰⁰SÁNZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 197, considera aceptable tal solución, porque aunque la edificación colabora para que el suelo invasor sea el principal haciendo a un suelo accesorio, es el suelo invadido sigue al invasor como principal y no se hace accesorio a un suelo respecto de la edificación.

¹⁰¹Opción que no tiene se sustenta ni tiene apoyo en el C.c.

con abono al invadido de la parte proporcional de los gastos de edificación, y con posibilidad de proceder de conformidad a lo previsto en el artículo 404 C.c., esto es, venta y reparto.

La doctrina más moderna¹⁰² apunta como alternativa para evitar la destrucción de lo construido, o las soluciones apuntadas que pueden resultar indeseadas para las partes en conflicto, el recurso a la autonomía de la voluntad y a la constitución de un derecho de superficie, a la cesión del derecho de vuelo a cambio de vivienda o locales futuros, a la permuta de solar invadido a cambio también de edificación futura, u otras fórmulas consensuadas con las que se obtendría un resultado similar o parecido al que dimana de la doctrina de la accesión invertida, adquisición de la franja invadida por el edificante a cambio de compensación económica del propietario invadido, como puede ser la transmisión de algún piso del edificio construido¹⁰³.

6.2.2.5. El principio de congruencia y la doctrina de la accesión invertida

La doctrina de la accesión invertida debe ser, en virtud del principio de congruencia, interesada en el pleito¹⁰⁴. Sin embargo, la evolución jurisprudencial ha puesto de manifiesto que de una inicial distinción clara, y nítida entre accesión y reivindicación, donde sólo se permitía la acumulación de aquella con la acción declarativa de dominio o con la de deslinde, si de construcción extralimitada se trataba, para poder así fijar los límites de los suelos en conflicto, se ha pasado a permitir su acumulación, e incluso se ha procedido a declarar la accesión, fundamentalmente, la accesión invertida (*ex officio iudicis*), en casos en donde sólo se interesa la reivindicación. También, se ha pasado de admitir, única y exclusivamente la legitimación activa a favor del *dominus soli* invadido, para el ejercicio de la acción ordinaria contenida en el artículo 361 C.c., y del constructor invasor, en caso de extralimitación, a permitir la accesión ordinaria a instancia del edificante, y a conceder la accesión invertida no sólo a instancia del propio dueño invadido, sino incluso cuando en su demanda reivindicaba la parte de suelo ocupado y pedía la demolición de la obra invasora¹⁰⁵.

Las razones esgrimidas para justificar este cambio de dirección jurisprudencial han sido, la equidad, la economía procesal y el principio *iura novit curia*, en tanto en cuanto la accesión invertida pueda ser extraíble de la *causa petendi*, deducible de los hechos probados y concurren el resto de los requisitos, tanto objetivos como subjetivos analizados¹⁰⁶. Llegándose incluso, a tachar por las Audiencias de abuso de derecho la actuación del *dominus* invadido cuando pese a concurrir todos los requisitos para la

¹⁰²MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 239. SERRANO CHAMORRO, M.E., “El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario”, *RCDI*, nº 642, septiembre-octubre, 1997, págs. 1667 y ss.

¹⁰³MOLL DE ALBA LACUVE, op. cit., pág. 238.

¹⁰⁴Aún de forma implícita, refiere FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3007, al enumerar los taxativos requisitos que han de concurrir para la aplicación de esta doctrina jurisprudencial excepcional.

¹⁰⁵CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *La accesión invertida: su génesis...*, op. cit., págs. 33 y 34.

¹⁰⁶FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3007.

entrada en juego de la accesión invertida, insta la reivindicación de su suelo o la demolición de la obra invasora. Así, las SSTs de 9 de febrero de 1981 (RJ 1981/388), de 28 de mayo, de 12 de noviembre y de 13 de diciembre de 1985 (RJ 1985/2831, 5582, 6526, respectivamente), de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9229), y de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994/833). También, las SSAP de Córdoba de 9 de diciembre de 1994 (AC 1994/2278), de Santa Cruz de Tenerife de 5 de junio de 1999 (AC 1999/7494) y de 31 de enero de 2003 (JUR 2003/15526), de Orense de 22 de junio de 2000 (AC 2000/1340), de Jaén de 6 de abril de 2001 (AC 2001/2465) y de 23 de enero de 2003 (JUR 2003/83747), de Huelva de 17 de noviembre de 2003 (JUR 2004/19439), de Cuenca de 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/219616).

Como síntesis de todas ellas, la STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/3500), en la que instada una acción declarativa de dominio sobre la porción invadida, se interesaba la demolición de la obra en la parte extralimitada y la reposición de las cosas a su prístino estado. Frente a tal postura, la demandada interesa la desestimación íntegra de la demanda, petición estimada por el juez *a quo*. La Audiencia revoca la sentencia y declara la existencia de una construcción extralimitada generadora de accesión invertida. Sentencia recurrida en casación con base en la infracción del artículo 218, 1º y 2º de la misma Ley, al ser incongruente la sentencia con la pretensión de la actora y con la causa de pedir contenida en la demanda, a lo que el Tribunal Supremo responde: “El recurso se desestima por cuanto el ejercicio de la acción reivindicatoria sobre una porción de terreno que ha sido invadido por una construcción extralimitada desde predio ajeno, comporta la posible aplicación por el tribunal de la doctrina de la accesión invertida cuando resulte procedente, sin que ello suponga alteración alguna de los términos del debate, sino simple conversión cuando no resulta legal ni económicamente posible ordenar la demolición de parte de lo construido por haber invadido en parte terreno ajeno. Se trata, en todo caso, de una sustitución similar a la que se produce cuando la condena resulta de imposible ejecución, para lo que se sigue el procedimiento de los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que en todo caso beneficia la posición del demandado respecto de la solicitud inicial de devolución del terreno”¹⁰⁷. Concluye, “Hay que desestimar el motivo. El objeto del proceso no

¹⁰⁷En términos contrarios se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS de 20 de noviembre de 2006 (2006/8080), cuando manifiesta: “El motivo se desestima. La «súplica» de la demanda pretendía el reintegro del terreno reivindicado y la demolición de lo construido en él por los demandados, y la «súplica» del escrito de contestación a la demanda solicitaba su desestimación por las excepciones propuestas, o, en su caso, por los razonamientos articulados (en dicho escrito). Entre ellos (fundamento séptimo de derecho) se alegó la improcedencia de la aplicación del artículo 362 CC (LEG 1889, 27), y que de admitirse la tesis del actor, lo que hacían los demandados sólo a efectos dialécticos, habría de estarse la doctrina de la accesión invertida, citando al efecto la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1988 (RJ 1988/3180). En suma, en la «súplica» de los escritos rectores de este procedimiento no se solicitó alternativa o subsidiariamente la aplicación de la doctrina de la accesión invertida. El argumento del recurrente de que implícitamente se pidió en la demanda una indemnización por el terreno invadido no se sostiene a la vista de los términos en que se formuló la «súplica», y, por otra parte, es obvio, tras la lectura de la demanda, que nada hay en ella que permita cualquier engarce con la acción correspondiente a la accesión invertida. Tampoco lo hay en la contestación a la demanda, pues los demandados no formularon reconvencción alguna, sólo pidieron su absolución”.

ha sido alterado ya que se trataba de la reclamación por la parte demandante derivada de la apropiación por la demandada de una porción de terreno que corresponde a su finca. Que las consecuencias de la estimación sean la devolución física del terreno a su propietario o la de su valor equivalente no supone alteración de la causa de pedir ni indefensión alguna para la parte demandada cuya postura procesal ha consistido en negar tal apropiación del terreno ajeno”.

En un supuesto de hecho similar, la STS de 12 de noviembre de 1985, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁰⁸ “... ciertamente, la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 1982, como la más reciente de 1 de febrero de 1985, han señalado que el cambio de la *causa petendi* y por tanto el de la acción, incurriendo en desviación del asunto debatido, puede entrañar vulneración del principio de contradicción y del fundamental derecho de defensa al modificar el modo como se entabló en debate procesal, no dejan de recordar que el organismo jurisdiccional está autorizado para basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los utilizados por los contendientes, siempre que no se innove la acción ejercitada y según queda expuesto la sentencia recurrida no se apartó de la cuestión básica discutida sino que moviéndose en el ámbito característico de la reivindicación pretendida descarta la demolición expresamente instada —punto tercero, d) del *petitum*— con invocación de los artículos 362 y 363 C.c., aplicando la doctrina legal sobre la accesión inversa, todos cuyos elementos aprecia en el caso no obstante haber omitido el demandado su cita...”, y añade en su fundamento de derecho tercero: “... y no se oculta que centrada la controversia sobre la reivindicación y su alcance, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración del dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues aunque no ha sido invocada *nominatum* por el edificante la contienda versó también sobre todos los requisitos (invasión parcial y de buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio *superficies solo cedit*, alcanzando una solución al conflicto («carísima aventura procesal para tan mínimo objeto», aunque se haya seguido el proceso más solemne, como acertadamente hace ver la Sala de instancia), sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes”.

Lo importante es que esta evolución de la jurisprudencia va acompañada de otra, se

¹⁰⁸Vid. también la STC de 18 de julio de 1994 (RTC 1994/222), que también realiza una llamada de atención a la postura del TS, y si bien admite fundamentar en el principio *iura novit curia* el rechazo a la acción reivindicatoria y a la petición de demolición cuando, en efecto, se cumplían todos los requisitos de la accesión invertida, por otro lado, niega que el tribunal, además, concediese la accesión invertida si no había sido expresamente solicitada. Expresándose en los siguientes términos: “En definitiva, ha de estimarse que el fallo de la resolución judicial aquí impugnada se ajustó estrictamente a los términos del debate al desestimar la acción reivindicatoria ejercitada, sin entrar a resolver sobre el supuesto de accesión invertida que condujo a la desestimación de la demanda; y, por tanto, que dicho fallo es enteramente congruente con el objeto del proceso. Por lo que no ha existido en modo alguno la vulneración del art. 24.1 CE denunciada por el demandante de amparo en este segundo motivo del recurso”.

ha pasado de la conservación de toda edificaciones extralimitada, aun siendo *illegal*¹⁰⁹, a la preservación de un urbanismo más respetuoso con lo ajeno, fundado en una vuelta los principios tradicionales (*superficies solo cedit*) y a su escrupuloso respeto, lo que determina en el fondo, que si bien es cierto que se admite la aplicación de la doctrina de la accesión invertida en supuestos de voluntad presunta (lo que, por otro lado, denota su operatividad automática y el carácter meramente declarativo de la sentencia que la estima), también lo es que, el Tribunal Supremo es consciente de su excepcionalidad, de la necesidad de su interpretación restrictiva y en definitiva, de su exclusiva aplicación a aquellos casos en los que concurren taxativamente todos los presupuestos enumerados.

6.2.3. La indemnización al *dominus soli invadido*

Finalmente, cumplidos los requisitos apuntados, corresponderá el dominio del todo al propietario¹¹⁰ que edificó utilizando parte del suelo ajeno, con la obligación de

¹⁰⁹RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASTAÑOS CASTRO, P., “La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia”, *RCDI*, nº 740, 2013, pág. 3879.

¹¹⁰En cuanto a la adquisición de la propiedad, la doctrina reproduce en sede de accesión invertida la polémica general sobre cómo tiene lugar la transmisión de la propiedad sobre lo accedido: si de forma automática en virtud de accesión (*ope legis*) o por el pago realizado por el constructor extralimitante que se queda con el todo resultante de la unión. La doctrina está totalmente dividida, así algunos autores: FEMENÍA LÓPEZ, op. cit. pág. 3017; ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., págs. 13 y ss., defienden que la accesión invertida se consuma automáticamente, actuando el pago del precio de la franja del terreno y la indemnización no como contraprestación sino como compensación o restablecimiento del desequilibrio patrimonial ocasionado al propietario. E invocan en apoyo de tal postura la STS como la de 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117). Otros autores, en cambio, opinan que la accesión invertida no constituye un modo de adquisición automático, sino que el constructor adquiere por justa causa seguida de la entrega, añadiendo que al tener tal doctrina carácter excepcional no parece razonable introducir excepción respecto al resto de construcciones en terreno ajeno realizadas de buena fe. Así BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1474 y CARRASCO PERERA, op. cit., págs. 224 y 225. En la doctrina italiana es defendida por DE CRESCENZIO, SIMONCELLI, CAPORALI, BIANCHI y DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Vol. I. Introducción y parte general. *Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, 4ª edición, traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 612, nota 1. Para DE RUGGIERO, en todo caso, la adquisición de la propiedad está condicionada al pago del valor, “de lo que se deduce que en tanto éste no haya sido abonado la propiedad continúa en el propietario primitivo con la grave limitación (impuesta por el interés público) de que no se destruyan los cultivos ni se deforme la ciudad con ruinas, por lo que la reivindicación se suspende en tanto dura la conjunción y puede solo ejercitarse cuando ocurra la separación”. En la doctrina portuguesa DE OLIVERIA ASENSÃO, op cit., págs. 301 y ss., manifiesta que el Código portugués rechaza la tesis de la automaticidad de la accesión y configura este supuesto (artículo 1343 del Código portugués de 1966) como un juego de obligaciones sinalagmáticas, de adquisición y pago. También, CARVALHO MARTINS, op. cit., págs. 136 y ss., defiende que el artículo 1343, cuando dispone “pode adquirir a propriedade do terreno ocupado...” parece significar más que se trata de una facultad condicionada al pago más que de una adquisición automática de la propiedad. Es necesario para que opere la transmisión efectiva de la propiedad que el constructor pague el valor del terreno y repare los perjuicios causados, para ello el Tribunal podrá una vez reconocido su derecho a adquirir fijar un plazo para que efectúe depósito oportuno. La doctrina portuguesa sigue el camino marcado por el Código alemán, otorgando valor al trabajo y se suman a la corriente crítica hacia el principio *superficies solo*

indemnizar al propietario invadido por el valor de la franja de terreno indebidamente ocupada, y de reparar cualquier otro perjuicio que la invasión le hubiere podido ocasionar¹¹¹.

Respecto a la valoración del suelo, la doctrina jurisprudencial mayoritaria la concreta como el “precio justo” a determinar en ejecución de sentencia, (Vid. SSTS de 27 de noviembre de 1984 –RJ 1984/5663– y de 17 de febrero de 1992 –RJ 1992/1261¹¹²– y de 16 de junio de 1998, RJ 1998/5056¹¹³), y se tomará como base cuantitativa para la concreción del mismo no el valor que tuviera “cuando se hizo la edificación... sino el que pericialmente se le atribuya en el momento de la reclamación, según tiene declarado esta sala en sentencia de 28-10-1931, pero actualizado”, también habla de “precios actuales” la STS de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9601), y de “valor actual del terreno” la STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998/5056) y la STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7237).

En cuanto a la extensión de la indemnización, comprende necesariamente, no sólo el abono del precio del terreno ocupado sino también la indemnización reparadora de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado al *dominus soli* invadido, distintos de la privación de su dominio (*neminem laedere*) y el medio legal utilizado para su satisfacción no puede ser otro que la acción aquiliana del artículo 1902 C.c. Así lo declara el Tribunal Supremo en su STS de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524) y más recientemente la STS 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/1842).

Particularmente, la indemnización comprenderá el quebranto y menoscabo económico que repercute sobre el resto del solar por la segregación producida¹¹⁴, como con-

cedit. Entiende este autor que, sólo de esta manera, esto es, rechazando la automaticidad de la máxima romana, y otorgándole un carácter meramente potestativo, así como rechazando que los dos límites de la verticalidad del fundo deban pertenecer al mismo propietario, se consigue que el constructor de la obra o el que realiza la plantación o siembra, más valiosas que el suelo en que se asientan, puedan ser sus propietarios.

¹¹¹CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, op. cit., pág. 43, critica la tendencia de la jurisprudencia de aunar la obligación resarcitoria y la indemnizatoria. Advierte una tendencia de la jurisprudencia de conceder inevitablemente como consecuencia de la extralimitación y como una especie de sanción la indemnización por los daños y perjuicios, a modo de aspiración “al monto del doble del valor del suelo invadido” que es la sanción que impone el artículo 938 italiano con pretendida intención disuasoria o preventiva ejemplarizante (aunque en tal norma, además, se prevea posible indemnización).

¹¹²Vid. la STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261) que condena a la sociedad constructora demandada “a que se abone al tan referido demandante don Saturio M. S. en metálico el valor de las parcelas reivindicadas, y cuyo valor se determinará en fase de ejecución de sentencia, tomando para ello como base cuantitativa no el precio de dichas parcelas cuando se hizo la edificación en cuestión sobre ellas, sino el que pericialmente se le atribuya en el momento de la reclamación, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 28-10-1931 pero actualizado...”

¹¹³Vid. la STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998/5056) para la que el precio del terreno «no es aquel que tuviera en 1969 (como dice la sentencia de instancia) sino que se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno; se debe pagar el valor, lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecuniaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor. Por tanto, en ejecución de sentencia, deberá la parte demandante optar por hacer suya la obra indemnizando a la constructora “Sancar”, o percibir en dinero el valor actual del terreno (subsuelo) en el que se construyó»

¹¹⁴FEMENÍA LÓPEZ, op. cit., pág. 3017, ejemplifica con la indemnización del volumen de edificabi-

secuencia necesaria del principio de equidad, como lo afirman, entre otras, las SSTs de 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5663), de 29 de julio de 1994 (RJ 1994/6305), y de 12 de febrero de 2008 —RJ 2008/1842— que dispone que “en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga a quién construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios¹¹⁵, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del art. 1901 CC¹¹⁶”. En idénticos términos se pronuncia la SAP de Pontevedra (JUR 2016/251056). Se llega incluso, a imponer la necesidad de indemnizar por la totalidad del valor del fundo invadido al haber quedado, tras la ocupación, económicamente inservible, así lo acuerda la STS de 27 enero de 2000 (RJ 2000/126) y siguiéndola la SAP de Almería de 17 de enero de 2003 (AC 2003/547).

En cuanto al lucro cesante, la STS de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9601) afirma que “no cabe tener en cuenta otros perjuicios derivados de la construcción y apoyados en las expectativas negociales de la posible edificación, porque es reiterada y conocida la jurisprudencia conforme a la cual no cabe tener como perjuicios efectivos expectativas más o menos posibles de negocios...”. También la STS de 25 de abril 1995 (RJ 1995/3548), limita la indemnización al precio del suelo ocupado y al perjuicio inherente a la minusvaloración que la privación de metros ha provocado en el solar residual, a pesar de que la demandante hacía referencia a otros posibles perjuicios, tales como, el obstáculo que la edificación había provocado en el uso y disfrute de la finca, la reducción del volumen de edificabilidad y la imposibilidad de construir en la zona que había quedado libre de construcción excedida. Sin embargo, el Tribunal Supremo concreta y limita el *quantum* indemnizatorio “multiplicando los metros de solar invadidos por la construcción... por el precio de tasación dado al metro cuadrado... , a las que agrega el valor del terreno no invadido... a los que aplica, por su imposible destino a edificar, el mismo precio por metro cuadrado”.

Razonamiento similar emplea la STS de 8 de noviembre de 1989 (RJ 1989/9890), que además añade una forma particular y aislada de compensar los intereses de las partes afectadas por el conflicto de intereses: “la indemnización reparadora en estos supuestos de accesión invertida, cuya regulación se debe al cuerpo de doctrina jurisprudencial (Sentencias de 1 octubre 1984 [RJ 1984/4750], 11 marzo 1985 [RJ 1985/1137], 29 abril 1986 [RJ 1986/2039] y 19 abril 1988 [RJ 1988/3180] y las que en ella se invocan) ha de bascular entre la posible codicia del dueño del terreno que por la constante devaluación monetaria quiera beneficiarse de la revalorización de terrenos por encima de esa inflación retrasando su reclamación y el injusto enriquecimiento del constructor

alidad perdido al reducirse el solar.

¹¹⁵La indemnización por daños y perjuicios en sede de accesión invertida es una cuestión pacíficamente aceptada por la doctrina, así MANRESA Y NAVARRO, op. cit. pág. 195, para la accesión con carácter general; LACRUZ BERDEJO, op. cit., págs. 144 y 155; BASOZABAL ARRUE: «Comentario...» cit., pág. 1469 306; RUIZ-RICO RUIZ, y CASTAÑOS CASTRO, op. cit., pág. 3910.

¹¹⁶La cita del artículo 1901 C.c. se debe probablemente a una errata, ya que ese precepto va referido a la prueba del error en el cobro de lo indebido, refiriéndose al artículo 1902 C.c.

que viene poseyendo desde un principio el terreno sin el menor disfrute del dueño del mismo, que paralelamente se ve perjudicado por ello; y como quiera que esa indemnización reparadora por tal circunstancia ha de comprender todos los daños y perjuicios que además se le hubieren irrogado al dueño del terreno (Sentencias de 15 junio 1981 [RJ 1981/2524] y 1 octubre 1984 [RJ 1984/4750]), ha de respetarse el módulo señalado en la sentencia recurrida y en la de primer grado, pero con abono del interés legal que en el decurso del tiempo venga establecido para el precio de aquella forma determinado hasta el de su pago efectivo, incrementado en dos puntos, pues ello es consecuencia necesaria para poder equilibrar los derechos de los afectados por esta institución de creación jurisprudencial en aras del progreso y creación de riqueza..”.

Finalmente, junto a la indemnización por la minusvaloración del resto del solar, por la invasión padecida, en la práctica forense se han considerado como daños resarcibles los siguientes: la SAP de Madrid de 2015 (JUR 2015/305381), incluye el recálculo de la cimentación afectada y de parte de la estructura en las plantas superiores a sótano, la pérdida de aprovechamiento de la edificabilidad en planta sótano, el desplazamiento de pilares en plantas superiores y el coste de la modificación del proyecto; la STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708) en su fundamento de derecho 7º impone al constructor extralimitante la obligación de “satisfacer los frutos civiles o una indemnización por los años de disfrute que ha tenido sobre la finca”; las SSAP de Asturias de 7 de julio de 1992 (AC 1992/1045) y de Navarra de 21 de abril de 2006 (JUR 2006/194649) imponen al constructor invasor el pago de los gastos que ocasione la traslación a los registros correspondientes de la realidad fáctica de las fincas derivada de la ocupación indebida, y la SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2002 (JUR 2003/61987), contempla la factura del topógrafo y las tasas del Ayuntamiento para la obtención de la licencia de parcelación.

Capítulo 7

Supuestos de paralización y de modalización de la accesión

Índice del capítulo:

7.1	El derecho de superficie y la posible disociación “absoluta” de la propiedad	444
7.2	Supuestos de disociación de la propiedad de forma indefinida . . .	454
7.2.1	La propiedad horizontal	454
7.2.2	El derecho de sobreelevación	462
7.2.2.1	La formación de una comunidad sobre el suelo como presupuesto necesario para que la disociación se mantenga a perpetuidad	465
7.2.2.2	La existencia de edificio base como presupuesto para la disociación de la propiedad inmobiliaria en los derechos de sobreedificación y subedificación	470
A	Constitución de un derecho de sobreedificación o subedificación sobre edificio en construcción o meramente proyectado	471
B	Constitución de un derecho de sobreedificación o subedificación sobre solar sin edificar	473
C	Especial referencia a la posibilidad o imposibilidad de constituir un derecho de sobreedificación o subedificación privado sobre solar público . .	477
7.2.3	Recapitulación	484

7.1. El derecho de superficie y la posible disociación “absoluta” de la propiedad

La primera dificultad con la que nos encontramos es con la de su conceptualización, pues como advirtió ROCA SASTRE¹, el derecho de superficie es una figura vetusta, con una azarosa vida irregular que la ha mantenido subsumida durante mucho tiempo en la enfiteusis², y aunque se conoció en el Derecho Romano la figura del *ius superficiae*, su concepción moderna ha sido producto de una lenta y confusa evolución histórica³.

¹ROCA SASTRE, R.M^a., “Ensayo sobre el derecho de superficie”, *RCDI*, N^o 392-393, enero-febrero 1961, pág. 8.

²GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “El derecho real de superficie, Conferencias pronunciadas en los días 21 y 28 de enero y 8 de febrero de 1922”, *Librería General de Victoriano Suárez*, Madrid, 1922, págs. 46 y 47, distingue netamente el derecho de superficie del derecho de enfiteusis en los siguientes términos: “Se concede al superficiario, como al enfiteuta el uso de una finca; pero este uso está pre-determinado, por la finalidad de construir o tener un edificio. Por el contrario, en la enfiteusis el goce está indeterminado y el enfiteuta no solo tiene el derecho de usar, sino y a eso apunta principalmente la enfiteusis, el de gozar también los frutos de la cosa, del cual no hay que hablar al fijar las relaciones del superficiario con el solar. No es éste el único punto en que enfiteusis y superficie se diferencian: el superficiario tiene con el derecho de uso respecto del solar un derecho sobre los edificios, enteramente separado de aquél, superior al mismo y basado en fundamentos diferentes de los que a él y a la enfiteusis les sirven de apoyo. En qué puntos ambos derechos se separan y en cuáles coinciden, se deduce de una comparación entre las respectivas materias. Lo que se dice de la enfiteusis, respecto a que el enfiteuta que falte a sus obligaciones puede ser privado de la enfiteusis, no es aplicable a la superficie, como tampoco, según hace notar LEYSER, se puede hablar en ésta de un laudemio o de un retracto”. “Sin embargo, lo mismo que ambos derechos son separables, pueden, al parecer, estar unidos *in concreto*. Es posible figurarse el caso de un propietario que permite a una persona construir en su suelo y tener un edificio, y que le conceda, además, la finca perpetuamente para otro uso, o se la arriende expresamente.”

³Aquí, por razones de brevedad explicaremos a grandes trazos la vida procelosa del derecho de superficie, por ello tras hacer simplemente mención al contrato superficiario que se dice celebró la reina Dido con los númidas, comenzaremos por Roma. Así, el *ius civile* considera a la superficie como parte integrante del suelo. En tiempos de la República, el Estado concedió a sus ciudadanos terrenos de dominio público (*ager publicus*), próximos al Foro, para la construcción de pequeños edificios (*tabernae*), a cambio del pago de un canon periódico (*pensio o solárium*). Más tarde también fueron los particulares los que concedieron derechos de superficie para la construcción de edificios, a veces a través también de los arrendamientos *ad aedificandum*. El derecho pretorio introdujo el interdicto especial de *superficiabus*, una modulación del interdicto posesorio *uti possidetis* y en el Derecho justiniano adquirió carta de *ius in re aliena* sobre la edificación construida por el superficiario y era transmisible. En Las Partidas se omitió su regulación, y finalmente en la Ley 74 de Toro se recogió el retracto del superficiario, ahí llamado “superficionario”, aproximándolo a la enfiteusis. Más tarde la Ley 8^a, Título XIII, Libro X, de la Novísima Recopilación, hablaba de división de dominios de una finca en útil y directo, cuando afirmaba que *el que tengamos un edificio construido en terreno arrendado o que se nos ha concedido, podemos considerar a la superficie como un verdadero censo en el que el señor del terreno es el censalista y el del edificio el censuario*. En el Derecho Codificado, el BGB, y concretamente la ordenanza alemana de 15 de enero de 1919, confirmada por la Ley transitoria de 1919, reguló el derecho de superficie configurándolo como derecho real, transmisible, enajenable y de duración limitada a 99 años. También Austria lo reguló más ampliamente en la ley de 26 de abril de 1912 y en la Ordenanza de 11 de junio de 1912. Suiza e Italia también lo regularon, concretamente, lo hizo el Codice de 1942 en sus artículos 952 al 956, denominándolo como *concesione ad aedificandum*. Quienes compendiaron el derecho antes de la entrada en vigor del vigente Código civil, decían que el derecho de superficie debía ser contado entre

Hoy el derecho de superficie, *super facies* o *sobre la faz de la tierra*, es definible como “el derecho real de tener y mantener, temporal o indefinidamente⁴, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada⁵, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar, o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente”⁶.

En cuanto a su naturaleza y contenido⁷, el superficiario ostenta un derecho real que le faculta a tener o mantener en terreno o inmueble ajeno una edificación en pro-

los censales. En España el Código civil pasó por alto la regulación específica del derecho de superficie y acoge en el artículo 358 C.c. la rigidez de la norma romana y contiene únicamente, una mención específica al derecho de superficie en el artículo 1611 C.c., para declarar no aplicables al derecho de superficie las normas sobre redención de censos. Para este artículo, las normas sobre redención de censos no se aplicarán a “los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes”. Precepto que se completa con el artículo 1655 C.c. Utiliza una fórmula semejante a la del artículo 1611, aunque sin mencionar específicamente al derecho de superficie. También la Ley Hipotecaria, se limitaba en su artículo 107.5 a permitir la hipotecabilidad del derecho de superficie pero sin hacer más precisión respecto a su naturaleza. La doctrina y la jurisprudencia de antaño también asimilaban el derecho de superficie al censo enfiteútico si se constituía por tiempo indefinido y al arrendamiento si su duración era limitada. Así se aprecia en las SSTs de 4 de julio de 1928 y de 3 de julio de 1941 (si bien esta última aclara que hay en él dos dominios). Es a partir de la aparición en 1922 de un fundamental estudio de Jerónimo González, y de la primera normativa sobre propiedad horizontal en 1939, luego la ley del suelo de 1956 y la reforma en 1959 del Reglamento Hipotecario, cuando se aviva el estudio doctrinal, tanto privatista como publicista, de la figura y se empieza a gestar el concepto moderno de la institución superficiaria, sobre todo encaminado a obtener un medio jurídico útil y viable para fomentar las construcciones, tratando de resolver así el problema agudo de la vivienda posbélico. Un estudio detenido del proceso de gestación histórico y normativo lo encontramos en ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., págs. 59 y ss.

⁴Advierte MATHEU DELGADO, J.A., *La configuración jurídica del derecho de vuelo y subsuelo en el ordenamiento español y su incidencia en el marco normativo del régimen de propiedad horizontal*, Servicio de publicaciones universidad de La Laguna, 2009, pág. 387, que la posibilidad de que se trate de un derecho real de tiempo indefinido, no equivale a perpetuidad, y esa indefinición en la temporalidad debe ser entendida en el sentido que su término no está definido de antemano, negando con ello que el derecho de superficie tenga un carácter perpetuo o definitivo.

⁵Advierten CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., págs. 193 y 194, que el derecho de superficie, a diferencia del derecho de vuelo, no atribuye al superficiario, cuota sobre el suelo ajeno, y que la declaración de obra nueva del edificio construido, también en la eventual constitución del régimen de propiedad horizontal, corresponde única y exclusivamente al superficiario, sin intervención del concedente del derecho de superficie.

⁶ROCA SASTRE, op. cit., págs. 7 y 8; FUENTES LOJO, J.V., “Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación”, en *RJC*, 1967, pág. 583; GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 175.

⁷Para CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 187, se configura como un derecho libremente disponible y gravable para su titular, aunque en este punto — advierten— las partes pueden configurar el derecho a voluntad (artículo 16.1 RH). Aunque —añaden— que su asimilación al censo enfiteútico por el C.c. impediría su constitución a título gratuito, pero la regulación posterior deja patente que el derecho puede constituirse tanto a título de donación como a título oneroso. En el primero de los supuestos, la contraprestación puede consistir en el pago de un canon periódico o de una suma alzada por la concesión, también en la adjudicación de viviendas y locales futuros, o incluso, en la atribución futura de derechos de arrendamiento en favor del concedente. Para el caso de que las partes no hubieren pactado otra cosa en el contrato será de aplicación al pago de la pensión periódica las normas que sobre este extremo dedica el C.c. a la enfiteusis, incluida la acción real contemplada en el artículo 1623 C.c.

propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar. Aunque también es posible su constitución sobre construcciones o edificaciones ya realizadas⁸, viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

Dos serían, por tanto, las fases del derecho de superficie, una primera, en la que se concede el derecho real de edificar en terreno ajeno (rasante, vuelo y subsuelo) o, simplemente, se constituye sobre edificación preexistente; una segunda, donde el superficiario realiza la construcción (o no, si ya estuviere hecha) y surge la propiedad separada que es el objeto mismo del derecho de superficie⁹.

Debe significarse que el derecho de superficie implica una derogación voluntaria del principio de accesión, el reconocimiento legislativo expreso a favor de la paralización pactada de las reglas de la accesión en beneficio del *solum* y la consecuente concesión de una propiedad especial en favor del superficiario, que lleva aparejada la limitación de las facultades que normalmente integran el contenido del dominio, en perjuicio del propietario del suelo y que serán compensadas, con el posible pago¹⁰ de una pensión y con la adquisición, en su día¹¹, del edificio por el dueño del suelo¹².

En su virtud, el concedente dispone voluntariamente de la utilidad de su suelo;

⁸Incluso se prevé en el artículo 41 del TRLS 2008, que el superficiario puede constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, pudiendo incluso el superficiario transmitir y gravar como fincas independientes los elementos privativos de la propiedad horizontal durante el plazo del derecho de superficie sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo, cabiendo incluso a favor de éste los derechos de tanteo, retracto y retroventa en el caso de transmisión, no sólo del derecho de superficie mismo sino también de los elementos a que se refiere éste. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 192, consideran que si el edificio preexistente está constituido en régimen de propiedad horizontal, no parece que sea posible enajenar en propiedad separada alguna planta del edificio, de tal forma que el adquirente no ingrese en la comunidad de propietarios en la que ese suelo es elemento común. También MATHEU DELGADO, op. cit., pág. 396, rechaza tal regulación sustantiva del TRLS, ya que la única viabilidad de conjugar derecho de superficie con el suelo que asienta la edificación, pasaría por considerar que el terreno quedara gravado, pero considerándolo dividido por cuotas, ya que la comunidad romana es la regla general en nuestro Derecho. La califica de situación anómala o atípica carente de regulación legal específica, donde sólo con el recurso al artículo 4.1 del Código civil, por analogía serían de aplicación las normas de la PH. Pero entiende que la propiedad horizontal superficiaria pese a su mención explícita por el artículo 41 TRLS, no puede ser admitida porque entraría en abierta colisión con las previsiones del artículo 396 C.c. y 3 LPH, al ser la propiedad sobre el suelo un elemento inescindible en tal régimen especial de propiedad, “deviniendo, en consecuencia, tal precepto, en nulo de pleno derecho y carente de aplicabilidad jurídica, hoy en nuestro Ordenamiento”. La Ley 432 del Fuero de Navarra, dispone que el régimen de propiedad horizontal de un edificio construido por el superficiario no se extiende al suelo. ALONSO PÉREZ, M. T.: «Comentario a las leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXXVIII, V. I. Edersa, Madrid 1998.

⁹De la Iglesia Monje, M^a. I., «El nuevo derecho de superficie», *RCDI*, N^o 712, 2009, pág. 679.

¹⁰ALONSO PÉREZ, M^a. T.: «La contraprestación o precio en el derecho de superficie», *RCDI*, N^o 712, Madrid, 2009., pág. 619 y ss.

¹¹Pues una vez extinguida la relación superficiaria adquiere plena vigencia el principio de accesión. En su virtud, suelo con cualquier construcción o plantación que sobre el mismo exista, formarán un todo único, y será objeto de la propiedad del titular dominical del *solum*. GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*, Aranzadi, Navarra, 1966, pág. 286.

¹²GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 159.

su esencia será transmitir el *ius aedificandi*. Así, en el instante de su constitución, el *dominus soli* cede el goce sobre el suelo, y además, el derecho y deber de realizar la propiedad superficiaria, que tendrá el carácter de separada y se apoyará sobre el objeto propiedad de otro (suelo del concedente). De tal modo que, una vez hecha la construcción o constituido sobre edificación preexistente, nacerá un nuevo derecho de propiedad sobre la edificación que será su materialización, el contenido y el efecto típico del acto dispositivo del derecho de superficie, que impide que el principio *superficies solo cedit* pueda operar a favor del propietario del fundo. Generándose con ello, dos derechos de propiedad plenos (con facultad de goce, de disposición, con obligaciones y limitaciones o prohibiciones, y a su vez de exclusión frente a los demás) en un plano de igualdad.

Ahora bien, desde un prestigioso sector doctrinal se ha señalado que el derecho de superficie no implica una excepción absoluta al principio *superficies solo cedit*, sino simplemente “una forma pausada de accesión”¹³, o una mera “paralización”¹⁴, ya que de conformidad con la concepción legal y doctrinal predominante, la propiedad superficiaria es *ad tempus*¹⁵, mantiene su autonomía única y exclusivamente por un tiempo limitado de subsistencia¹⁶, que deberá figurar necesariamente en la escritura para su válida constitución¹⁷, y que no podrá exceder de los noventa y nueve años

¹³ PEÑASCO VELASCO, op. cit., pág. 29, con cita de Díez PICAZO.

¹⁴ ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 8.

¹⁵ DE SALAS MURILLO, S., “El Derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007. Una aproximación inicial”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord. por Francisco Javier Gómez Gállego, Vol. 2, 2008, págs. 1465 a 1518.

¹⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 187, para los cuales “es esencia del derecho de superficie su temporalidad”.

¹⁷ MORILLO GONZALEZ, F., *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 11465, precisa que en lo relativo a su inscripción registral, se prevé en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, en su redacción anterior al Real Decreto 1867/1998, toda vez que la reforma del mencionado artículo operada por este fue declarada nula por la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/1083). En virtud de éste es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad.

de conformidad a lo previsto en el artículo 53¹⁸ y 54¹⁹ del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana. De forma que, una vez expirado el plazo por el que se constituyó “el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho”.

En esencia, nos encontramos ante la tradicional polémica sobre la posibilidad de admitir no una única, sino dos variantes en la institución superficiaria, la urbanística y la denominada urbana clásica o común. De un lado, para quienes defienden una única modalidad superficiaria, entienden que tras la normativa urbanística (refiriéndose tanto

¹⁸Vid. artículo 53: “Contenido, constitución y régimen. 1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo. 2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años. El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado. 3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie. 4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho”.

¹⁹Vid. Artículo 54: “Transmisión, gravamen y extinción. 1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo. 2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo. 3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores. 4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie. 5. El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho. A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie. La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.”.

a la primitiva Ley del Suelo del 56 como a las reformas posteriores), siempre se ha reconocido a los particulares, la posibilidad de que pudieran constituir ese derecho de superficie disciplinado por las normas imperativas contenidas en la citada ley urbanística. Así, en la modalidad urbanística la temporalidad sería consustancial, al igual que resultaría necesaria para su válida constitución, su elevación a escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad²⁰. De otro lado, están quienes defienden dos modalidades de derecho de superficie, la modalidad urbanística con base en la Ley del Suelo, y la urbana común o clásica fundada, en la existencia de unos principios sustantivos contenidos en el Código civil por su mención en el artículo 1611C.c., en la posible derogación del régimen de accesión, en el *numerus apertus* de derechos reales y en el principio de libertad civil consagrado en el artículo 1255 C.c.²¹, la cual permitiría a los particulares constituir un derecho de superficie al margen de las normas urbanísticas, estableciendo los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral y al orden público.

Sentado lo anterior, la clave está en la respuesta al siguiente interrogante, ¿sería posible la constitución de un derecho de superficie común a perpetuidad?²² Dado que sólo en caso de respuesta afirmativa se podría hablar de una auténtica y absoluta derogación del principio *superficies solo cedit*.

Si analizamos los ordenamientos extranjeros, vemos como en Italia, aunque el Código no se pronuncia expresamente en tal sentido, su artículo 953 manifiesta: “Si se ha constituido el derecho por tiempo determinado. . .”, luego a *sensu contrario* la doctrina, de forma unánime entiende que, el derecho de superficie puede constituirse tanto a perpetuidad como por tiempo determinado²³. En Francia, el derecho de superficie se entiende implícitamente reconocido en el artículo 553 del Code, que contempla la posibilidad de probar que lo que se encuentra encima o debajo de la superficie que es el solar, pertenece a persona distinta del propietario del suelo. Se trata de una presunción *iuris tantum* del principio *superficies solo cedit*²⁴ y que admite, por tanto, prueba

²⁰Argumento considerado de peso de cara a adoptar una concepción unitaria del derecho de superficie, excluyendo las dos variantes. Concepción unitaria que apoyan entre otros PÉREZ ÁLVAREZ, DE PABLO CONTRERAS, MARTÍNEZ DE AGUIRRE. En contra, ALONSO PÉREZ, M^a T.: «Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista», *RCDI*, N^o 680, 2003, págs 3085 y ss., también en su obra «La construcción...» cit., págs. 159 y ss. De interés también, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit. pág. 188.

²¹DE LA IGLESIA MONJE, op. cit., pág. 683

²²La evolución histórica y análisis doctrinal del derecho de superficie, nacional y extranjero, y de la cuestión relativa a su temporalidad en los distintos regímenes, se acomete en CORVO LÓPEZ, F. M^a., *El Derecho de sobreedificación y subedificación y su integración en el Régimen de Propiedad Horizontal*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 296, nota 379.

²³SALIS, L., *La proprietà superficiaria*, Padova, pág. 305, también, SALIS, L., *El Condominio de los edificios*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 8.

²⁴El artículo 553 del Code dice: “Todas las construcciones, plantaciones y obras hechas por el propietario a su costa, y que le pertenecen, si no se prueba lo contrario; sin perjuicio de la propiedad que un tercero pudiera haber adquirido o pueda adquirir por prescripción, sea de un subterráneo bajo el edificio ajeno, sea de cualquier otra parte del edificio” y por tanto, entiendo que más que ir referido al principio

en contrario, luego es posible su pacto temporal o a perpetuidad. En Alemania la regulación contenida en los §§ 1012 a 1017 del BGB, fue derogada por la Ordenanza de 15 de enero de 1919, que reconoce total libertad de pacto a las partes respecto a la duración del derecho de superficie²⁵.

Dentro de nuestra doctrina, quienes sostienen la existencia de una dualidad de regímenes, defienden la temporalidad porque es la nota generalmente admitida por los textos legales, bien por el artículo 16.1 del RH (declarado nulo por la STS de 31 de enero de 2001 —RJ 2001/1083—), o por la remisión que efectúan los artículos 1611 y 1655 C.c. a las normas del arrendamiento o de la enfiteusis²⁶, además entienden que, un derecho perpetuo vaciaría de contenido el derecho de propiedad y que la utilidad de la figura radica, precisamente, en su carácter temporal. Porque si algo anima al propietario del suelo a constituir tal derecho es la previsión de que transcurrido un determinado tiempo, lo edificado será de su propiedad²⁷, y porque el que construye podrá disfrutar de la construcción un plazo de tiempo lo suficientemente amplio sin tener que afrontar el pago del terreno.

No obstante lo anterior, sí que hay un sector doctrinal proclive a admitir un de-

“*superficies solo cedit*”, hace referencia al principio medieval “*cuius est solum eius est ad coelum usque ad infernos*”. Principio hoy superado, al que hace referencia el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de junio de 1998 (RJ 1998/4744) que manifiesta: “Al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión —en caso de inmueble— no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo —lo que está encima— y al subsuelo —lo que está debajo— siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera et usque ad infernos*”. También la RDGRN de 26 de junio de 1987 (RJ 1987/4841) afirma, en referencia, entre otros artículos, al 350 del Código civil, que: “... el dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos...”.

²⁵Aunque parece recomendar la temporalidad para evitar especulaciones. Cuando se extingue el derecho de superficie, el superficiario tiene derecho a que se le indemnice en cuantía de dos tercios del valor de lo edificado; pero se le permite evitar el pago si se prorroga el plazo de subsistencia del derecho por el tiempo de vida de lo edificado, siempre y cuando lo solicite el superficiario. ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. III, *Derecho de cosas*, vol. 2º, *Gravámenes*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, 8ª revisión, Bosch, Barcelona 1937, págs. 4 a 14.

²⁶MATHEU DELGADO, op. cit., pág. 388.

²⁷CÁMARA ÁGUILA, Mª P., “El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual”, *RCDI*, N° 648, 1998, pág. 1651. También, COBACHO GÓMEZ, J.A., “Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana”, *RCDI*, N° 710, 2008, pág. 2281 y ss.

recho de superficie común o urbano a perpetuidad²⁸, FUENTES LOJO²⁹, GARRIDO DE PALMA³⁰ y ALONSO PÉREZ³¹, defienden que si de la Ley era posible deducir la posibilidad de que los particulares pactasen un derecho a perpetuidad, tal posibilidad no podía entenderse modificada por la norma reglamentaria aludida (16.1 del RH), además, citan en apoyo de su postura, el Auto³² del Presidente de la AT de Barcelona de 3 de marzo de 1967³³ comentado y esgrimido por FUENTES LOJO³⁴ y GARRIDO DE PALMA³⁵ postulador de la existencia de un derecho de superficie común de tipo perpetuo³⁶. Esgrimen también, la regulación de la Compilación Foral de Navarra, que

²⁸En el derecho francés, la perpetuidad de la propiedad superficiaria ha sido defendida, entre otros autores por, MARTY et RAYNAUD, JOSSEAND, para los cuales el artículo 553 C.c. francés reconoce implícitamente el derecho de superficie y la ausencia de normativa limitativa de su duración. No obstante lo anterior ha surgido un sector crítico (BERTREL, MAZEUD, MALAURIE y AYNÉS), que tacha de antieconómica la perpetuidad y que consideran que aunque en inicio el derecho de superficie es perpetuo, nada impide que cuando sea constituido por vía contractual las partes puedan limitarlo en el tiempo. En Italia se reconoce la posibilidad de pactar el derecho de superficie a perpetuidad se infiere del artículo 953 del Codice de 1942 que comienza diciendo “Si se ha constituido el derecho por tiempo determinado...”. También el Ordenamiento Belga en el artículo 4 de la *loi du 10 janvier 1824 concernat le droit de superficie* establece que el derecho de superficie no podrá establecerse por un plazo superior a cincuenta años, aunque admite la posibilidad de renovación..

²⁹FUENTES LOJO, op. cit., pág. 583.

³⁰GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 177 y 178.

³¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 165.

³²Este Auto recoge una postura totalmente aislada y sin apoyo jurisprudencial. Vid. SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de abril de 1992 (RJ 1992/4114) y de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/3384), que rechazan la dualidad y parten como premisa básica de la temporalidad del derecho de superficie. La STS de 6 de octubre de 1987 (RJ 1987/6720) el titular de un derecho de superficie constituido por un plazo de 17 años para la construcción y explotación de un hotel pide la prórroga del mismo. Tanto la sentencia de Primera Instancia, como la de Apelación y la del Tribunal Supremo entienden extinguido el derecho de superficie. Vid. también las más SSTS 27 de marzo de 2001 (RJ) y de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9935) y la RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986/1006), que afirma que el derecho de superficie es temporal y que el derecho de vuelo, como posibilitador de la construcción de plantas en fincas edificadas o por edificar ajenas, se diferenciaba nítidamente del derecho de superficie no sólo por la base física sobre la que se constituye sino por la perpetuidad de la propiedad que origina, frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

³³Auto dictado en recurso gubernativo ante la denegación de inscripción de una constitución de Superficie en favor de la citada Fundación en terrenos propiedad del Hospital de la Santa Cruz y de San Pablo de la Ciudad Condal, que decía “durante el tiempo que permanezcan las edificaciones y se desempeñen los fines fundacionales propios de la Fundación”. El Auto revoca la nota denegatoria del Registro de la Propiedad y declara la inscribibilidad de tal derecho de superficie constituido por tiempo indefinido. Entre las razones en las que se fundamenta cabe destacar la de que el Código civil en su artículo 1655 establece la aplicabilidad a la Superficie constituida indefinidamente de las disposiciones legales sobre la enfiteusis; figura, por esencia, perpetua. Además entiende que un Reglamento no puede derogar una Ley. Vid. sobre la cuestión. GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 178; también GUILLARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 186.

³⁴FUENTES LOJO, op. cit., pág. 583.

³⁵GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 177 y 178.

³⁶Para ROCA SASTRE la perpetuidad constituye un grave obstáculo para la viabilidad del derecho superficiario, porque dejaría casi inútil económicamente la propiedad del suelo, a menos que se pacte que al extinguirse el derecho de superficie por caducidad, la propiedad del suelo haga tránsito al superficiario por el valor prefijado o por el que a razón se fije. Opinión que recoge GARRIDO DE PALMA, op. cit.,

en su Ley 428, apartado 2º admite para el derecho de superficie tanto la temporalidad como la perpetuidad, presumiéndose esto último si no se especifica lo contrario³⁷ (a diferencia del artículo 564-1 C.c.c. que declara su carácter temporal y fija un plazo máximo de noventa y nueve años en el artículo 564-3).

Salvo este sector minoritario aludido, lo cierto es, que en la actualidad, la mayoría de la doctrina³⁸ se muestra en contra respecto a la posibilidad de tal dualidad de variantes en el derecho de superficie y al carácter perpetuo de la superficie común. También se ha manifestado en tal sentido y de un modo homogéneo la jurisprudencia hasta la reciente STS de 10 de diciembre de 2013. Así, las SSTS 1 de febrero de 1979, 15 de junio de 1984 —RJ 1984/3243— y la de 26 de noviembre de 2002 —RJ 2002/9935³⁹—

pág. 179.

³⁷El en Derecho foral de Navarra, el artículo 428.2 de su Compilación dispone que el derecho de superficie puede “establecerse por tiempo determinado o a perpetuidad, presumiéndose esto último si no se dispone lo contrario”.

³⁸DE LA IGLESIA MONJE, op. cit., pág. 684, por el contrario considera que nadie puede negar de dos modalidades del derecho de superficie, pero reflexiona si es viable que los particulares pacten la modalidad urbana común sobre suelo urbano, sometido a planeamiento y a reglas imperativas. Lo cierto es que la Ley del Suelo del mismo rango legal que el Código civil, dota de contenido a la institución donde antes no existía, pero para los particulares no será imperativa y podrán de conformidad a su libertad (artículo 1255 del Código civil) constituir un derecho de superficie sin seguir la normativa urbanística siempre que sus pactos, cláusulas y condiciones no sean contrarias a las Leyes, a la moral ni al orden público.

³⁹La STS 26 de noviembre de 2002 (RJ.2002/9935), que alude a otra anterior en el mismo sentido, la SSTS 27 de marzo de 2001 (Tol 131035), resuelve un supuesto de hecho en el que la actora interpuso demanda contra la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas Fuente del Fresno, solicitando se declarase la nulidad del contrato de cesión de derecho de superficie que constaba en escritura pública de 29 de mayo de 1990, ya que carecía de objeto (el derecho no se constituía sobre una parcela de la Asociación, sino sobre un local de la misma), de causa, ante la imposibilidad administrativa de destinar tal local a la finalidad prevista, y de forma, al no haberse logrado la inscripción en el Registro de la Propiedad que es requisito esencial para la existencia del derecho de que se trataba. Pretensiones desestimadas en Primera Instancia pero estimadas en Apelación. El Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho dispone “para decidir acerca de esta impugnación se hace preciso tener en cuenta que, como recordaban las sentencias citadas por la recurrente y, asimismo, la más reciente de 27 de marzo de 2001, ya se había declarado por este Tribunal en otra anterior, de 4 de julio de 1928, que el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una excepción al principio «aedificium solo cedit» consagrado en el artículo 358 del Código Civil, ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por lo que para que se reconozca su existencia es menester que ésta se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo”, continúa diciendo: “Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo, si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que éstos actuaran animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley. Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes

reconocen a la regulación contenida en los artículos 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, un alcance general que abarcaría a cualquier figura que se encuentre en el *nomen iuris* de derecho real de superficie⁴⁰.

Sin embargo, la referida STS de 10 de diciembre de 2013, da un giro de 180° y flexibiliza las exigencias formales de tales preceptos. Da solución a un supuesto de hecho en el que el actor, propietario del terreno invadido, ejercita acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento-constructor de unas instalaciones deportivas. Entiende el más alto Tribunal, como hecho probado, la existencia de un pacto “*de cesión del derecho de uso que describe la resolución recurrida es sin fijación de plazo de devolución y mientras continúe destinado al uso de instalaciones deportivas*” que denomina como “derecho de superficie urbano o común”, con base en el siguiente razonamiento:

«Profundizando en la línea antiformalista marcada por las sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243) para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó (haciendo referencia a la sentencia 1110/2002 de 26 de noviembre) que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad “urbanística” del derecho de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la “urbana común o clásica”, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello, consideraba la Sala en esa sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción del principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar

de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo”, finalmente concluye: “Esta Sala no comparte la tesis de la sentencia recurrida, contraria a la admisión de la existencia de esa dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su propio régimen jurídico” Cuya fundamentación ha sido reiterada recientemente por la STS de 10 de diciembre de 2013 (RJ 2014/355) como *obiter dicta*.

⁴⁰MATHEU DELGADO, op. cit., pág. 389, que enumera entre los autores en contra de las dos variantes a SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, en armonía con la tesis de GULLÓN BALLESTEROS, DE LOS MOZOS y ROCA SASTRE, entre otros.

el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el Tribunal Supremo no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil», así como «la admisión del sistema de “numerus apertus” en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados».

No obstante lo anterior, terminamos con una reflexión que consideramos acertada de la autora DE LA IGLESIA MONJE⁴¹, según la cual, aun entendiendo viable que los particulares pacten la modalidad de superficie común, lo harán generalmente sobre suelo urbano, sometido necesariamente a planeamiento.

7.2. Supuestos de disociación de la propiedad de forma indefinida

7.2.1. La propiedad horizontal

El propio nombre de la institución, Propiedad Horizontal⁴², induce a pensar que se trata de una figura que permite disociar “horizontalmente”⁴³ la propiedad inmobiliaria. En efecto, si atendemos a la forma en que esta figura articula la propiedad sobre el inmueble, se advierte que se trata de una propiedad especial, de carácter complejo, que permite que coexistan de forma simultánea derechos de propiedad diferentes sobre distintas porciones del edificio situadas a diferentes niveles, con los caracteres de un derecho de propiedad pleno, como el de perpetuidad, hipotecabilidad e inscribibilidad. Esto es, de un lado permite la propiedad separada de los pisos o locales de un edificio que sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un

⁴¹DE LA IGLESIA MONJE, op. cit., pág. 684.

⁴²GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 182; PÉREZ CONESA, C., “Comentario al artículo 396 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T. III, Dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 3260; SALIS, L., *El condominio en los edificios*, Bosch, Barcelona, 1968, págs. 8 y 9, entre otros la definen como, propiedad especial que se caracteriza por la propiedad separada de los pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, que atribuye a sus titulares además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute.

⁴³ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 211.

elemento común de aquél o a la vía pública y, además, atribuye un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble⁴⁴ (artículo 396 C.c.)⁴⁵.

Pocas palabras son necesarias para resaltar la importancia económica y social, cada día mayor, que ostenta esta forma espacial de propiedad⁴⁶, que representa el fruto de un cambio de mentalidad en el aprovechamiento y explotación inmobiliaria en función de los intereses en juego y de un proceso evolutivo, que ha desbordado las previsiones

⁴⁴Dedicán CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit. págs. 517 a 530, el capítulo XXXII de su obra a la delimitación de los elementos comunes.

⁴⁵GONZÁLEZ CARRASCO, C., “STS de 10 de mayo de 1999: Derecho de elevación. Constitución por el promotor. Compatibilidad con el régimen de propiedad horizontal. Naturaleza de las reservas de modificación de título constitutivo. Jerarquía normativa”, en *CCJC*, N° 51, 1999, pág. 1085, manifiesta que el artículo 396 C.c. “es rotundo y contundente: la propiedad separada de cada piso o local lleva inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes, como el suelo, el vuelo, las cubiertas. . . Las cubiertas (terrazas, azoteas, solados), son elementos comunes y el vuelo que está por encima de aquellas también. Y cada piso (como parte integrante o inherente a él) ostenta una cuota sobre esos elementos comunes, de la que no puede ser privado por decisión arbitraria del constructor. . .”.

⁴⁶Sobre los precedentes históricos pueden consultarse, por todos: BATLLE VÁZQUEZ, M.: *La propiedad de casas por pisos*, Marfil, Alcoy 1954, págs. 13 a 21. GOMEZ DE LA ESCALERA, C., “El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal”, *RCDI*, N° 719, 2010, pág. 1007 y 1011, nota 8, y LASO MARTÍNEZ, J.L., *De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios*, *RCDI*, N° 619, 1993, pág. 1823 y ss. No son necesarias muchas palabras para resaltar la importancia de esta forma especial de propiedad que surge ante la insuficiencia de los esquemas tradicionales para dar respuesta a las necesidades sociales y económicas que las nuevas realidades inmobiliarias demandaban, especialmente desde que tras la primera guerra mundial (1914-1918), la escasez de edificaciones habitables, la carestía de la vida y el aumento de la población crearon graves problemas de vivienda que exigieron afrontar el problema con nuevos enfoques jurídicos, económicos y arquitectónicos. Situación, que en España se agravó por la situación creada por la guerra civil, que exigió la necesidad de acometer obras de construcción y la reconstrucción de los edificios dañados por los actos bélicos. Concretamente en España la «cuestión social» o el «problema» de la vivienda se ha tratado de paliar en el plano jurídico a través de tres vías que han sido una constante en nuestro ordenamiento: a) La legislación en materia de promoción, construcción y goce de viviendas con algún tipo de protección o beneficio fiscal, económico o jurídico (Casas baratas, casas económicas, casas para funcionarios, viviendas de la «Ley Salmón», viviendas protegidas, viviendas para la «clase media» y bonificables, viviendas de Protección Oficial, etc.). b) La legislación en materia de alquileres, que se inicia con el Real Decreto de 21 de junio de 1920 (conocido como el Decreto Bugallal por el apellido del Ministro que lo propició), y que integra la legislación, primero excepcional y luego especial, sobre arrendamientos urbanos. c) La regulación de la propiedad horizontal, que se inicia con la Ley de 26 de octubre de 1939 y culmina con la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. Esta triple actuación de la legislación en el ámbito de la vivienda se resume magistralmente en la Exposición de Motivos de la citada Ley de Propiedad Horizontal cuando declaraba lo siguiente: «La acción del Estado ha considerado y atendido a esta situación real en tres esferas, aunque diversas, muy directamente relacionadas: en la esfera de la construcción impulsándola a virtud de medidas indirectas e incluso, en ocasiones, afrontando de modo directo la empresa; en la esfera del arrendamiento, a través de una legislación frecuentemente renovada, que restringe el poder autónomo de la voluntad con el fin de asegurar una permanencia en el disfrute de las viviendas y los locales de negocio en condiciones económicas sometidas a un sistema de intervención y revisión, y en la esfera de la propiedad, a virtud principalmente de la llamada propiedad horizontal, que proyecta esta titularidad sobre determinados espacios de la edificación». Así lo explica GOMEZ DE LA ESCALERA, op. cit. pág. 1007 y 1008, nota 8.

del legislador de 1960, movido fundamentalmente por las exigencias y necesidades de la práctica notarial y registral. Ello ha provocado el desarrollo y transformación de los principios que han inspirado la regulación de la propiedad horizontal, en su esfuerzo por aplicar su régimen a otras situaciones jurídico-reales, distintas al supuesto paradigmático como es la propiedad por pisos de un edificio que en su día motivó su gestación. Así, la vigente regulación legal de la propiedad horizontal operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, aplica de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º LPH, el régimen legal de esta forma especial de propiedad establecida en el artículo 396 del Código Civil, además de a las comunidades de propietarios, con o sin título constitutivo (conocida como *propiedad horizontal de hecho*) del art. 5 LPH: «a los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley», definidos y regulados en el artículo 24 LPH. También, tras la reforma acometida por Ley 8/2013, de 26 de julio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, a las subcomunidades⁴⁷ y a las entidades urbanísticas de conservación⁴⁸, cuando así lo dispongan sus estatutos.

Centrándonos en el punto concreto que constituye el tema de estudio debemos preguntarnos, frente a la regla *superficies solo cedit*, ¿qué representa la propiedad horizontal?, porque puede incluso *a priori* pensarse⁴⁹ que su efecto derogatorio es más intenso que en el derecho de superficie por la nota de perpetuidad.

Ha sido ROCA SASTRE⁵⁰ quien de forma más clara explica ambas instituciones. Entiende que la propiedad horizontal no implica la existencia de una propiedad separada horizontalmente, como sí la articula el derecho de superficie sino simplemente una separación *orgánica*⁵¹. Para este autor el régimen de propiedad de casas por pisos

⁴⁷La propia Ley explica en su artículo 2 qué se entiende por subcomunidades: “las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica”.

⁴⁸UTRERA RAVASSA, C., “Las urbanizaciones privadas y la entidad de conservación del Reglamento de Gestión Urbanística”, en *Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso internacional de Derecho registral*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid, 1983, pág. 39 y ss. Ponencia donde el notario intenta dar respuesta al interrogante: ¿puede la entidad de conservación dar respuesta al problema de las urbanizaciones privadas?

⁴⁹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 211.

⁵⁰ROCA SASTRE, R. M^a., *Derecho Hipotecario*, Tomo III., Barcelona, 1968, pág. 579.

⁵¹Reproduzco, por su gran interés la reflexión de ROCA SASTRE, “Ensayo...”, op. cit., pág. 31, nota 28: “Evidentemente en la propiedad superficiaria hay una propiedad separada horizontal de suerte que la denominación de propiedad horizontal cuadra mejor a la propiedad separada superficiaria que a la propiedad separada por pisos o locales. En esta última, la propiedad separada de los distintos pisos o locales se halla dispuesta orgánicamente dentro de la finca edificada, con sus partes en copropiedad. Es decir, los varios pisos o locales se hallan integrados diferencialmente en propiedad separada dentro de un todo orgánico, pues forma parte de una finca unitaria, sin que la posibilidad de inscribirse cada piso o local bajo hoja registral separada o distinta destruya la unidad del inmueble, ya que es una simple prevención destinada exclusivamente a descongestionar el Registro de la Propiedad. En cambio la propiedad superficiaria, por más temporal que sea el derecho que la soporta, desdobra la propiedad de un inmueble en dos propiedades distintas dispuestas horizontalmente, con objetos separados, cada uno de los cuales vive su vida, sin interferencias de elementos comunes. En una palabra la propiedad superficiaria es una propiedad separada horizontal, en tanto que la propiedad por pisos o locales es una

tiene, como el derecho de superficie, la virtualidad de evitar el juego de la accesión, aunque en el derecho de superficie ese obstáculo a la accesión es efectivo, en cambio en el régimen de propiedad horizontal no opera con tal fuerza pues, el suelo se integra en la misma como uno de los elementos comunes, y una participación en ellos se concede, por ficción legal y conveniencia del tráfico inmobiliario, a la propiedad de cada piso considerada de forma aislada. Para este autor, es como si la finca constituida en régimen de propiedad horizontal mantuviera una cierta unidad orgánica, para él esos pisos y locales estrían integrados como un todo.

Para GARRIDO DE PALMA⁵², la propiedad horizontal si no es una total derogación, *sí supone una no aplicación del principio legal de accesión hasta sus consecuencias últimas*. Provoque que el principio superficies solo cedit se remueva en sus cimientos, porque si la Ley permite la propiedad separada sobre cada piso o local, es porque no se aplica el principio de accesión, pues de lo contrario, los pisos y locales pertenecerían a los condóminos del suelo en idéntica proporción con cuotas ideales representativas de su titularidad y existiría un edificio en bloque, como un todo.

Hoy no hace falta decir que no ocurre de ese modo; en la propiedad horizontal, si bien la titularidad de los pisos y locales arranca de la propiedad del suelo, no deriva jurídicamente del mismo, en cuanto no implica la aplicación del silogismo lógico que existe en materia de condominio y accesión: el *dominus soli* lo es de todo lo incorporado.

Sentado lo anterior, hoy queda resuelta la cuestión relativa a la posibilidad de constituir un régimen de propiedad horizontal o incluso de “prehorizontalidad”⁵³ por los condóminos (agrupación de autopromotores)⁵⁴, respecto de aquellos edificios o terrenos pertenecientes a una pluralidad de titulares en cotitularidad no sometida al régimen de propiedad horizontal, pero con previsión futura más o menos cierta de que se constituirá, sin necesidad de disolver con carácter previo la comunidad por cuotas. No existe hoy inconveniente en aplicar a esa situación interina, a falta de un título constitutivo, las reglas de la propiedad horizontal⁵⁵ al amparo de la previsión legal (artículo 392.2º y 1255 C.c.) que permite, en la inscripción del solar a nombre de los condóminos, especificar el pacto de construir sujetando el edificio futuro al régimen de la propiedad horizontal, con posterior cumplimiento de los requisitos escriturarios y registrales oportunos, como el otorgamiento de escritura de obra nueva en propiedad horizontal,

propiedad separada orgánica. Sin embargo, la denominación de esta segunda como propiedad horizontal ha tomado carta de naturaleza y la adopta la Ley reguladora de la misma, de fecha 21 de julio de 1960”.

⁵²GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 184.

⁵³VÁZQUEZ BOTE, E., “Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del Derecho”, *RCDI*, N° 573, 1986, págs. 217 y ss.

⁵⁴Los pisos meramente proyectados se harán constar en el folio del solar o del edificio que se ha acordado dividir horizontalmente. Aun cuando no se haya otorgado ni inscrito la escritura de división horizontal por no estar la construcción comenzada, pero exista acuerdo suficientemente delimitado sobre la construcción y el destino de los pisos y locales podrá hacerse constar en el folio abierto aquéllos que se pretenden dividir horizontalmente. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 501.

⁵⁵GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C., “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, *RCDI*, N° 551, julio-agosto 1982, págs. 925 y ss.

con adscripción de los pisos y locales a sus respectivos titulares en régimen de propiedades privativas y separadas, lo que finalmente habrá de verificarse cumpliendo los requisitos del artículo 5 de la LPH⁵⁶.

Así se admite por la DGRN en resolución de 18 de abril de 1988 (RJ 1988/3358). El supuesto de hecho de que trata parte de la existencia de una escritura en la que los dos titulares registrales del condominio sobre una finca acuerdan la previa demolición de una edificación anterior y la construcción de un edificio de dos plantas, en el que cada condueño construirá de forma individual su respectiva vivienda “cuya propiedad desde el principio pertenece al respectivo constructor por convenio expreso”, con satisfacción por ambos del coste de los elementos comunes. El registrador deniega la inscripción, esgrimiendo que si el terreno estaba inscrito “como por mitad y proindiviso”, los pisos resultantes de su división deberán figurar inscritos de igual forma y sólo con posterioridad será posible la inscripción de la adjudicación de cada piso “previa inscripción de la comunidad existente”. No obstante lo anterior la D.G.R.N., sostiene que «No constando del Registro otros interesados, no debe haber obstáculos para reflejar las vicisitudes jurídico-reales ocurridas en la finca inscrita por voluntad de los dos titulares registrales tal como resulte de sus declaraciones de voluntad, conforme a nuestro Ordenamiento y las reglas ordinarias de comunidad y, entre ellas, las que llevarían al resultado de que el edificio, una vez construido, siga igualmente perteneciendo a ambos proindiviso ordinario, sólo rigen “a falta de contratos” (cfr. Art. 392. II del C.c.), siempre, claro está, que en ellos estén respetadas las normas imperativas. Mas nada se opone a las estipulaciones de los comuneros, como las que ahora resultan concertadas según la escritura que se enjuicia. . . nada se opone aun antes de iniciarse la construcción a la inscripción de los acuerdos. . . ».

Esta misma doctrina es admitida en la RDGRN de 17 de julio de 1998 (RJ 1998/5973), en el supuesto de hecho que le sirve de causa, el registrador de la propiedad deniega la inscripción de una escritura de agrupación de fincas y constitución de régimen calificado de “prehorizontalidad”, en el que constaba que los dueños de la finca agrupada acordaban construir un edificio de ocho plantas con 35 viviendas, plazas de garaje y trasteros; la construcción se llevaría a cabo de la siguiente manera, cada propietario asumiría la construcción de su vivienda y satisfacerían todos los condueños en común el importe de las partes comunes, y a tales fines se determina expresamente que, las fincas queden constituidas en régimen de prehorizontalidad⁵⁷. El presidente

⁵⁶GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 187. Explican CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 508, el contenido mínimo del título constitutivo como “acto por el que el propietario o propietarios de un inmueble construido o en construcción cuyas características lo permitan, someten éste al régimen jurídico inmobiliario de propiedad horizontal, proceden a la determinación y descripción del edificio, de sus diferentes unidades privativas, y establecen las cuotas de participación de los distintos elementos comunes en relación al valor total del inmueble (artículo 5. I y II LPH)”. Es más, añaden que debido a que la necesidad de que la construcción esté previamente “comenzada” la escritura de división horizontal suele otorgarse de forma conjunta al acto de declaración de obra nueva, constituyendo materialmente un único documento pero tributariamente separados y con doble imposición.

⁵⁷CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 509.

del TSJ de Madrid estimó el recurso interpuesto frente a la calificación del Registrador confirmando el auto apelado la DGRN: “El art. 8, número 4º, de la Ley Hipotecaria, exige para la inscripción del régimen de propiedad horizontal, que la construcción del edificio al que el mismo se refiere esté, al menos, comenzada. Sin embargo en base al principio de autonomía de la voluntad, y tal como se dijo en la resolución de 18 de abril de 1988, nada se opone a la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los acuerdos entre comuneros, por los cuales cada uno de ellos construirá individualmente su vivienda individualizada, y cuya propiedad pertenecía desde un principio al respectivo constructor, pues de este modo se asegura adecuadamente frente a terceros, el interés de cada comunero respecto de las concretas viviendas, garajes y trasteros. . . . En tanto la construcción no esté concluida, o por lo menos comenzada, no podrá hacerse constar en el Registro que existe sobre cada vivienda, garaje o trastero —todavía en proyecto— una propiedad separada; es decir, no podrá todavía inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal. Pero desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda, garaje y trastero, proceda la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales. . . .”.

También la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996/3950) que resuelve un supuesto en el que la recurrente celebró contrato de permuta de parcela con sociedad constructora a cambio de cinco fincas que estarán integradas en edificación futura. Presentada la escritura de permuta para que tras la declaración de obra nueva se inscriban las cinco fincas adquiridas por permuta a favor del recurrente, el Registrador suspende la inscripción, sin embargo, la D.G.R.N. resuelve: “. . . reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir ha de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que, si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr. artículo 8.4.º Ley Hipotecaria—), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (artículos 1, 2 y 9.3.º Ley Hipotecaria); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados⁵⁸ (artículo 8.4, párrafo 2.º, «in fine», Ley Hipotecaria);

⁵⁸Manifiesta GONZÁLEZ CARRASCO, C., “STS de 14 de noviembre de 1997: Tercería de dominio. Propiedad de inmuebles en fase de construcción”, en *CCJC*, N° 46, pág. 277, que es practica notarial y registral comúnmente admitida la asimilación entre obra meramente proyectada y obra comenzada, de forma que es suficiente con que el declarante ponga de manifiesto el comienzo de una edificación, adjuntando el proyecto de obras y la licencia obtenida conforme al mismo, para que la obra nueva pueda ser autorizada notarialmente e inscrita. Vid. también, NAVARRO CASTRO, M., “STS de 18 de mayo de 1994. Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción. Tradición instrumental de pisos por construir”, en *CCJC*, N° 36, 1994, pág. 1050, pone de manifiesto que la posibilidad de inscribir un piso aun no construido ha sido criticada por referirse a algo que no tiene entidad real y considerar que no debía mencionarse a lo que sólo constituye una relación obligatoria. BATLLE VAZQUEZ, M., «Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, N° 394-395, 1961, págs. 413 a 424, justifica tal mención porque aunque no tenga contenido real el derecho de un piso si se construyere, el

la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquella y del edificio resultante (cfr. artículos 392.II Código Civil, 2 Ley Hipotecaria, 21.1.º Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º Ley Hipotecaria y 16.2.º Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 noviembre 1982 (RJ 1982/6941) y 18 abril 1988 (RJ 1988/3358). Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar, determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo”.

Se hace eco de tal doctrina la SAP de Granada de 28 de mayo 2001 (AC 2001/2060) que resuelva una tercería de dominio, en un caso inicial de permuta de solar a cambio de edificación futura (vivienda, plaza de garaje y local comercial), embargados con posterioridad y “que estima procedente la tercería de dominio después de declarar que quien compra mediante escritura un local cuya construcción ha comenzado materialmente y que forma parte de un edificio ya sometido al régimen de propiedad horizontal (prehorizontalidad) adquiere la plena titularidad del mismo y está legitimado, en consecuencia, para alzar el embargo que se haya practicado sobre el local después del otorgamiento de la escritura”.

En definitiva, el punto clave para determinar si esta propiedad especial supone una paralización perpetua del principio *superficies solo cedit* es el suelo y la caracterización que del mismo se hace en sede de propiedad horizontal.

Así, doctrina⁵⁹ y jurisprudencia se han planteado la posibilidad de desafectar ciertos elementos que el artículo 396 C.c. define y enumera como comunes para su conversión en privativos de modo que en el título constitutivo puedan aparecer como tales, pues al parecer, la estructuración del régimen que realiza este precepto no parece concebirse como imperativa en la actualidad⁶⁰.

En realidad, no todo lo especificado en el artículo 396 C.c. se considera dispositivo. Es preciso distinguir, como lo ha hecho doctrina y jurisprudencia, entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino, a raíz de la citada por todos STS de 10 de mayo de 1965 (RJ 1965/2521)⁶¹. Así, podría decirse que el artículo 396

piso proyectado es ordinariamente un piso que se ha de construir y grava la parte material existente en términos muy parecidos al derecho de superficie o de sobreelevación.

⁵⁹ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F., “Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal”, *RCDI*, 1967, pág. 1245, que tras afirmar que la Ley de Propiedad Horizontal es una norma de carácter fundamentalmente imperativo, reconoce que deja un margen a la voluntad privada para que determinados elementos comunes puedan ser considerados como privativos, refiriéndose a jardines, piscinas, garajes pero nunca el suelo.

⁶⁰ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 219.

⁶¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 2419, nota 30, y en relación a la referida sentencia, entiende preciso dejar claro, en primer lugar, que la ley no distingue entre unos y otros elementos comunes; y en segundo lugar, que no se ha establecido un criterio que permita discernir con seguridad cuando nos encontramos ante unos u otros. Lo que sí está claro, es que mientras se admite que los parti-

C.c. considera la posibilidad de propiedades separadas sólo respecto a las partes de los edificios susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común del edificio o la vía pública, de modo que, la desafectación de elementos comunes para convertirlos en privativos es predicable de elementos comunes tales como locales destinados⁶² a garajes, jardines, patios⁶³, pero no del suelo, inmueble por naturaleza.

Doctrina y jurisprudencia son tajantes en este punto: la formación de una comunidad sobre el suelo es necesaria para que la disociación se mantenga permanentemente porque el suelo, en el seno de la propiedad horizontal, es siempre y necesariamente elemento común⁶⁴. Vid. en tal sentido SSTS de 6 de junio de 1979 (RJ 1979/2323), de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012), de 29 de julio de 1995 (RJ 1995/5922) de 31 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9920), de 5 de julio de 2010 (RJ 2010/5701), de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/9318), también la SAP de Albacete de 3 de abril de 2014 (AC 2014/802), la de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2016 (JUR 2016/36604).

Finalmente, debemos descartar la postura de quienes consideran la propiedad horizontal un supuesto de accesión invertida. Así lo defiende y justifica HERNANDEZ CRESPO⁶⁵, también LÓPEZ VILAS⁶⁶, sobre la base de que la propiedad del piso arrastra a la del suelo en su cuota proporcional como elemento común, de tal modo que, el suelo como elemento principal en origen, se espiritualiza de tal manera que prácticamente ni figura en la transmisión del piso o local, pasando éstos a ser lo principal, pues su adquisición, en virtud de cualquier título, arrastra necesariamente como anejo inseparable, la del suelo. Nuestro rechazo a tal postura se fundamenta en que se trataría

culares pueden configurar como privativos los elementos comunes por destino, no existe esta posibilidad con respecto a los que lo son por naturaleza que siempre serán comunes.

⁶²Elementos comunes por destino, son aquellos calificados como comunes en virtud de una disposición expresa o tácita del título constitutivo, que también y de la misma forma podrían haber sido calificados como privativos por reunir los requisitos de independencia y delimitación necesarios para ello. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 520.

⁶³Vid. STS de 6 de junio de 1979 (RJ 1979/2323) referida a un supuesto de privatización del local de la portería y de un patio comunitario.

⁶⁴Por el contrario sí se permite atribuir privativamente el suelo sobrante de la edificación; esto es, puede ocurrir que alrededor del edificio exista suelo integrado en la finca pero sobre o bajo el cual no hay ninguna construcción. Así parece reconocerlo la STS de 6 de febrero de 1989 (RJ 1989/669), también la STS de 25 de enero de 1994 (RJ 1994/442), aunque la DGRN en su resolución de 12 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8631) ante la pretensión de segregación de una parte del suelo de una finca donde se encontraban asentados varios bloques en régimen de propiedad horizontal, dice que: "... cuando ese edificio se constituye en régimen de propiedad horizontal todo el terreno —y no sólo la parte ocupada básicamente por el edificio— se convierte en elemento común. . . de modo que en lo sucesivo no podrá segregarse ninguna porción del mismo no edificada sin el acuerdo unánime de todos los propietarios de los pisos y locales. . ." y sigue "Cuando sobre una porción de terreno individualizada como finca independiente se construye un edificio, ésta pasará a formar parte integrante de dicha finca (vid. arts. 350, 353 y 358 del Código civil), que seguirá conservando su unidad e individualidad jurídica, si bien modificada en su composición. . .".

⁶⁵HERNÁNDEZ CRESPO, op. cit., pág. 745.

⁶⁶LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1009.

de una *inversión impropia*⁶⁷, ya que la adquisición del suelo no se produce de modo automático por el hecho de la incorporación, sino por un convenio que ha modalizado o paralizado el principio *superficies solo cedit*.

7.2.2. El derecho de sobreelevación⁶⁸

A través de los derechos de sobre y subedificación se puede obtener una propiedad perpetua de lo construido al mismo tiempo que el concedente retiene un derecho de propiedad sobre la finca⁶⁹. Ahora bien, la inaplicación perpetua del principio legal de accesión, exige la formación de una comunidad sobre el suelo entre todos los que pretendan ser propietarios separadamente de las diferentes partes de la finca. De ahí que, con cierta razón apunte ALONSO PÉREZ⁷⁰, que los derechos de superficie y la propiedad horizontal son las dos únicas excepciones fundamentales al principio *superficies solo cedit*; y que el derecho sobreedificación o subedificación se encontraría un tanto a caballo entre la superficie, cuyas deficiencias parece estar llamado a suplir, y la propiedad horizontal. Su esencia ha de verse en que su creación desemboca ineludiblemente en una situación de comunidad sobre el suelo, que será necesariamente elemento común, adquiriendo el titular o titulares de las plantas elevadas o de la subedificación su parte correspondiente en él a través del coeficiente de participación que se le atribuye

⁶⁷ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 334 y 335.

⁶⁸ La primera dificultad en el análisis de este derecho es la inexistencia de un término unívoco para designarlo. El Código civil en ningún momento se refiere al mismo, es el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario tras su reforma de 1959 la única norma a nivel estatal que o regula positivamente, aunque no lo nombra sino que simplemente lo define como un derecho que faculta a levantar una o más plantas sobre un edificio o para realizar construcciones bajo su suelo. Sólo los territorios forales Cataluña y Navarra han regulado este derecho de forma detallada, refiriéndose a los mismos como “derechos de sobreedificación y subedificación” aunque la Ley 5/2006 también utiliza la expresión “derecho de vuelo”. En la doctrina se ha hablado de derecho de vuelo (FONT BOIX SOTO BISQUERT, CARRASCO PERERA, Cuadrado Iglesias, AMOROS GUARDIOLA, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ), derecho de vuelo urbano, derecho de sobrevuelo o subsuelo (GARRIDO DE PALMA), derecho de levante y de profundizar o ahondar (GUILLARTE ZAPÀTERO, ALBALADEJO, VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ), derecho de sobreelevación y subconstrucción (FUENTES LOJO, ZANÓN MASDEU, BATLLE VÁZQUEZ, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS), así como derecho de sobreedificación y subedificación (GRANERO FERNÁNDEZ, DOMENGE AMER, BALLESTEROS ALONSO, DE FRANCO PAZ, DE LA IGLESIA MONJE, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO). Hoy, quizá se impone esta última por definir con precisión el contenido del derecho en cuestión diferenciándolos de los derechos de superficie y de vuelo sobre finca rústica; no obstante, hay quien va más allá y los define con el nombre de “supledificación vertical” (MEZQUITA DEL CACHO), por el carácter suplementario de sus dos modalidades, sobre y subedificación. Sobre los precedentes históricos, y la evolución doctrinal y legislativa, puede consultarse CORVO LÓPEZ, op. cit. pág. 33 y ss.

⁶⁹ Señalan CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 195, que la diferencia entre superficie y derecho de vuelo se cifra sólo en que el titular del derecho de vuelo una cuota en la propiedad del suelo, que pasa a ser elemento común del régimen de propiedad horizontal, y el adquirente del derecho de superficie, no la adquiere. Opción que puede ser determinada libremente por las partes contratantes.

⁷⁰ ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 335; también SOTO BISQUERT, A., “El derecho de vuelo”, *RCDI*, Nº 485, 1971, pág. 931.

sobre los elementos comunes⁷¹. Servirán, por tanto, los razonamientos realizados en sede de propiedad horizontal, esto es, la propiedad del subsuelo, del vuelo y del sobrevuelo se conservan individualizadas, mientras la del suelo se mantiene como elemento común, generándose una “modalización de la accesión”.

Así lo considera la STS de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980/1233), que resuelve un caso en el que el propietario-actor concede un derecho de sobreedificación sobre su suelo para construir un bajo y cinco plantas, pactando como contraprestación la entrega de la planta baja y una vivienda del edificio que debía someterse al régimen de propiedad horizontal. El TS entiende que se trata de un contrato de cambio de solar por edificación futura, y aunque en el mismo no se mencionara el suelo entiende necesaria, para provocar los efectos pretendidos por las partes, la formación de esa comunidad sobre el suelo:

“El suelo, elemento éste al que la doctrina tanto científica como jurisprudencial ha calificado como de común por naturaleza, en cuanto sobre el mismo se asienta el edificio, y consecuentemente adscrito, en la proporción correspondiente, a cada uno de esos espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente y, por tanto, de propiedad separada pero con una copropiedad unida en relación a esos elementos comunes, que les corresponde y han de figurar en el título constitutivo y que según dicho artículo, no son susceptibles en ningún caso, de división sin que puedan ser enajenados, gravados o embargados separadamente de la parte privativa de la que son anejos inseparables, es indudable, como no menos evidente, que tratándose de «ius cogens» el Juzgador de instancia al interpretar el contrato, en cuanto en el mismo se hace referencia a un edificio en propiedad horizontal, no puede desentenderse de todo aquello regulado, con ese carácter de derecho necesario, de la Ley que gobierna dicha propiedad, a cuyos preceptos ha de atemperar, no ya, todas y cada una de las cláusulas del contrato afectadas por la misma, sino incluso su propia finalidad, para que éste no resultase ineficaz o contrario a la que era voluntad de las partes, por lo que, resultando inseparable del edificio, no ya físicamente sino jurídicamente, el suelo sobre el que se construye, del que forma un elemento común por naturaleza, en cuya propiedad han de participar todos y cada uno de los que lo son de esa propiedad horizontal del edificio como copropietarios del mismo, forzoso es de entender que lo cedido, enajenado, permutado o aportado, por el actor, como no menos, lo adquirido por el demandado, lo era el suelo o terreno que siendo de la propiedad del referido actor pasó, en las condiciones que en el contrato se especifican, a la del demandado para la construcción del edificio, que luego lo había de ser, en razón a aquella propiedad horizontal. . . ”.

En contra, parece pronunciarse la STS de 9 de julio de 1988 (RJ 1988/5601) que ignora por completo la necesidad de que se forme la comunidad sobre el suelo para que

⁷¹SOTO BISQUERT, op. cit., pág. 931.

se produzcan los efectos propios de los derechos de sobre y subedificación. Resuelve un caso en el que los propietarios de una finca edificada tienen sobre el suelo de la finca colindante vecina un derecho de vuelo, y en su ejercicio han construido un desván de 4 metros cuadrados que los propietarios del *solum* derriban. El TS declara la existencia de un derecho de sobreedificación sobre finca contigua sin hacer referencia a que ello implica la adquisición de una cuota sobre el *solum*.

Entendemos, que el Tribunal Supremo yerra al reconocer la existencia de un derecho de vuelo y negar la calificación de la figura como de servidumbre, pues se trata de un supuesto de casa empotrada⁷². Servidumbre que permitiría estructurar la disociación de la propiedad mediante una relación jurídico-real, sin que sea necesario que se forme la comunidad sobre el suelo. Y es que mediante recurso a la constitución de una servidumbre⁷³ también se consigue la derogación perpetua de los principios consagrados tanto en el artículo 350⁷⁴ como 358 C.c., con una puntualización necesaria, la servidumbre precisa siempre de la existencia inicial de dos fincas, la sirviente y la dominante, normalmente colindante de aquella que sufre la disociación y la privación

⁷²LÓPEZ FRÍAS, M. J., «Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro», *RCDI*, N° 733, 2012.

⁷³Vid. la RDGRN de 14 de mayo de 1984 (RJ 1984/2588), concibe como servidumbre la relación documentada en escritura pública por la que el propietario de dos fincas colindantes pretende que los futuros propietarios de la finca edificable puedan ocupar el subsuelo de la finca no edificable para su uso como garaje. El Registrador entiende que se trata de un derecho de subedificación previsto en el artículo 16.2 RH y deniega su inscripción por faltar las menciones en ese precepto exigidas. La DGRN resuelve: “Que la posibilidad de *numerus apertus* dentro del campo de los derechos reales es más palpable en materia de servidumbre siempre que no contravengan la Ley ni el orden en los artículos 536 y 594 del Código civil, que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del mismo Cuerpo legal, autoriza la constitución de servidumbres siempre que no contravengan la Ley ni el orden público, lo que no sucede en este caso, en el que la servidumbre constituida es una exigencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio imponen el que un edificio expanda su garaje a parte del subterráneo de un suelo colindante no edificable”.

⁷⁴ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 54, advierte de la mención expresa que el artículo 350 del Código civil hace a las servidumbres como instrumento para la paralización de los efectos tanto del principio *cuius est solum eius est ad coelum usque ad infernos* y del *superficies solo cedit*. También GUIMERA PERAZA, M., “El derecho de subsuelo”, en *ADC*, 1961, pág. 134, propone recurrir a la constitución de servidumbres como medio para articular las compraventas de subsuelo que se realizan en Canarias con el objeto de obtener agua de una finca para regar otra finca. La finca sirviente es la finca en cuyo subsuelo surge el agua, la dominante aquella que se va a regar. Respecto a la posibilidad de disociar la propiedad y construir en finca ajena, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ también defiende esta posición y considera que la servidumbre es la fórmula jurídica adecuada para permitir la construcción de pisos apoyados en parte sobre las plantas inferiores de la finca colindante. Por su parte, ARNÁIZ EGUREN, R.: *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 50, parece aludir a este supuesto cuando pone de manifiesto cómo los aparcamientos compartidos por varios bloques de viviendas suelen estructurarse a través de un sistema de servidumbres. No obstante también hay quien rechaza la posibilidad de que las casas empotradas pueda enmarcarse en la figura de las servidumbres, así LÓPEZ FRÍAS, M^a. J., “La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo”, en *RCDI*, N° 650, págs. 91 y 92.

del derecho de propiedad construido sobre su espacio superior o inferior.

Sentado lo anterior, dos serían, fundamentalmente, las cuestiones suscitadas en torno a la necesidad de constituir la comunidad sobre el suelo en el marco del derecho de sobre o subedificación: en primer lugar, se hace necesaria la determinación del momento en el que se adquiere esa cuota de propiedad sobre el suelo y, en segundo lugar, debemos plantearnos la posibilidad de que se produzca la disociación de la propiedad inmobiliaria típica del régimen de propiedad horizontal y en la que tales derechos desembocan sin que sobre el *solum* haya edificación preexistente.

7.2.2.1. La formación de una comunidad sobre el suelo como presupuesto necesario para que la disociación se mantenga a perpetuidad

Tradicionalmente se han contrapuesto dos posturas doctrinales⁷⁵: de un lado⁷⁶ encontramos a quienes defienden que la comunidad en el suelo se forma desde la constitución de los derechos de sobre o subedificación, encontrándonos así, ante un auténtico derecho de propiedad sobre el volumen que en su día será ocupado por la sobreedificación o subedificación, vinculado a la titularidad de una cuota de la propiedad del suelo. Su principal exponente es SOTO BISQUERT, que sostiene la existencia de un derecho de propiedad sobre una cuota del solar y sobre el espacio aéreo desde el primer momento, lo que lleva consigo la facultad dominical de construir, y rechaza que tal facultad pueda ser considerada derecho real, pues estaríamos ante la peculiar circunstancia de que este derecho real gravaría una cosa, el suelo, que pertenece a una comunidad de la que forma parte el titular del derecho. Se estaría, por tanto, ante un derecho real sobre cosa propia vetado por el principio romano *nemine res sua servit*⁷⁷ que significa la imposibilidad de coexistencia de la propiedad y de un derecho real sobre cosa ajena⁷⁸, determinando su extinción por consolidación.

⁷⁵Aunque existe una tercera postura que deja a la autonomía de la voluntad la posibilidad de constituir el derecho de sobre o subedificación con posibilidad de constituir con carácter previo o después de ejecutada la construcción la comunidad sobre el suelo. Así ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 240 a 242; y también FONT BOIX, op. cit., págs. 39, 40, 41 y 42. En la primera modalidad el sobreedificante tiene desde la creación del derecho, participación en el suelo y en los demás elementos comunes del edificio, lo que sirve para justificar la adquisición de la propiedad de lo construido por vía de la accesión modalizada que funcionaría unida a la copropiedad sobre el suelo. No ocurriría así en la segunda opción.

⁷⁶Mantienen esta posición RODRÍGUEZ GARCÍA, ARNÁIZ EGUREN, DE FRANCO PAZ, SANAHUJA TOMÁS, DE LOS MOZOS y SOTO BISQUERT, op. cit., pág. 929 y ss., que define este derecho como “la propiedad del espacio aéreo de una finca con construcción existente o proyectada, perteneciente, en parte, al menos, a distinto titular y en régimen especial de propiedad horizontal”. Extraen además consecuencias de su consideración como auténticos derechos de propiedad: 1.- no hay posibilidad de distinguir dos fases porque la propiedad existe desde su constitución; 2.- el titular del suelo cuando lo transmite, enajena el espacio; 3.- No puede extinguirse por el no uso. Vid también resumen de doctrina en CORVO LÓPEZ, *El Derecho de sobreedificación...*, op. cit., pág. 84 y ss.

⁷⁷CUADRADO PÉREZ, C.: *La servidumbre de propietario*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pág. 250 y ss.

⁷⁸BIONDI, B., *Las servidumbres*, trad. esp y notas por J. M. González Porras, Ed. Edersa, Jaén, 1978, págs. 207 y 208. Aunque la doctrina mayoritaria defiende que si no se adquiere la totalidad completa

De otro lado, encontramos a la mayoría de los autores⁷⁹ que defienden que la comunidad se produce en el momento en el que se ejercita el derecho y se lleva a cabo la sobre o subedificación, cuyo primer efecto será la adquisición de la propiedad, pero no será el único, su ejercicio devendrá, además, en la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, de tal forma que su titular no sólo adquirirá la propiedad de la edificación resultante sino también una cuota sobre el solar y demás elementos comunes⁸⁰.

Desde este sector doctrinal son muchos los argumentos esgrimidos para rechazar la adquisición de una cuota de propiedad *ab initio*:

1. El propio tenor literal del artículo 16.2 RH⁸¹ que dice expresamente “haciendo suyas las edificaciones resultantes”.
2. Sostienen que si tales derechos se extinguen cuando se ejercitan ¿qué propiedad es esa que desaparece y se extingue por su ejercicio?⁸²
3. También consideran, que conduce a unas consecuencias prácticas inadmisibles, ya que no cabría inscribir como figura absolutamente independiente el vuelo o el

de la cosa común, no se produce la extinción del derecho real limitado por consolidación. No obstante autores como DÍEZ PICAZO, L, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales, El registro de la propiedad. La posesión*, Vol. III, 5ª edic, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 998.

⁷⁹Integrado por autores como, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., BALLESTEROS ALONSO, M., y DOMENGUE AMER, B.: *El derecho de sobre y subedificación*, Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 131 y ss.

⁸⁰DE FRANCO PAZ, F., *El Derecho de Sobreedificación: su Naturaleza Jurídica*. Colección: Monografía nº 4 de Revista de Urbanismo y Edificación, Aranzadi, 2001, pág. 115. Para este autor el derecho de vuelo se extingue sin más, su finalidad no es la de adquirir la propiedad, con lo que no podemos estar más en desacuerdo y como dice CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 114, la verdadera finalidad de este derecho real limitado es que tras su ejercicio se adquiera la propiedad de lo nuevamente construido con carácter definitivo. El derecho no se extingue sin más tras su ejercicio sino que se transforma en uno de propiedad. Hay una continuidad. En idéntico sentido CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 198, que defienden que el derecho de vuelo es un derecho sobre cosa ajena y sólo cuando se concrete en la construcción correspondiente, será título de adquisición del derecho de propiedad sobre lo construido. Para tales autores, el derecho de vuelo no es un “derecho preliminar sobre el espacio aéreo”. Es más, no sería válida por contradecir el principio de especialidad inmobiliaria, la previsión que se hiciera en el título constitutivo de propiedad horizontal de una reserva indeterminada y global de la propiedad sobre las nuevas plantas que se constituyan en el futuro, o sobre las plantas que en el futuro permita elevar la correspondiente normativa urbanística, sin que en el acto de reserva se fijen el número de plantas y las cuotas que han de corresponder en la propiedad horizontal.

⁸¹ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 236, recuerda que no hay que olvidar que el artículo 16.2 RH se trata de una norma reglamentaria, de manera que, si en base a otras normas de rango superior pueden los derechos de sobre y subedificación configurarse *ab initio* como derechos de propiedad, el artículo citado no impedirá fijar las cuotas de copropiedad correspondientes al titular del derecho de vuelo desde el comienzo, ni tampoco imposibilitar su inscripción registral.

⁸²En contra SOTO BISQUERT, op. cit., pág. 955, que niega las dos fases, la anterior y la posterior a la construcción, que otros ven, a imitación de las que en el derecho de superficie distingue ROCA SASTRE, y para él su extinción se producirá por las mismas causas que el derecho de propiedad entre las que no está el ejercicio.

subsuelo, como tampoco es posible entender que el titular de esos derechos sea sujeto pasivo de la contribución urbana o gastos de comunidad de propietarios.

4. Finalmente, plantean el problema de determinar el régimen jurídico aplicable en la fase anterior a la realización de la construcción, ya que la situación de disociación de la propiedad inmobiliaria concurrente en una situación típica de propiedad horizontal, como la contemplada en el artículo 396 C.c., exige una cierta configuración del objeto sobre el que recae, y no parecen encajar, como derechos de propiedad privativos integrados en propiedad horizontal⁸³ con el resto de la finca, los derechos de propiedad que sobre el vuelo y subsuelo detenta el titular del derecho que, al mismo tiempo es comunero del suelo. Estos autores, aun rechazando la constitución de la comunidad *ab initio*, consideran que, en caso de que pudiera ser ésta posible, y apoyándose en la experiencia francesa con su “teoría de los lotes transitorios”⁸⁴ y en la conveniencia de la aplicación del régimen de propiedad horizontal a las situaciones conocidas como de “prehorizontalidad”, la aplicación de tal régimen sería la más apropiada y conveniente en esa fase previa a la construcción.

También ALONSO PÉREZ⁸⁵, analiza la posibilidad de que en el caso de que pudieran constituirse derechos de sobre o subedificación con transmisión inicial de cuota, concurra el supuesto de hecho previsto en el artículo 398.4 C.c., que contempla una comunidad sobre la misma finca, en la que partes están en comunidad y otras pertenecen privadamente a uno de los comuneros. De modo que el régimen jurídico que resultaría de aplicación sería sustancialmente idéntico al derivado de la normativa de la propiedad horizontal, con la diferencia de que en este régimen habría derecho de

⁸³CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 100, nota. 127, frente a FONT BOIX que defiende la existencia de un régimen de propiedad horizontal cuando se adjudica una cuota sobre los elementos comunes, previa o simultáneamente a la creación del derecho de sobre o subedificación, esta autora rechaza de plano tal postura porque considera que no se puede ser copropietario de los elementos comunes sin ser titular de un elemento privativo, y el titular del derecho de vuelo no es propietario mientras no ejecute la construcción.

⁸⁴En Derecho francés, parece que sólo cuando el edificio está construido es aplicable el régimen de Propiedad Horizontal; vid. el artículo 1 de la Ley nº 65-557, de 10 de julio de 1965 sobre el estatuto de la copropiedad de los inmuebles. Sin embargo, en Francia se ha elaborado una teoría que permite superar los inconvenientes que pueden existir para integrar, en determinados supuestos, al titular de ciertos derechos sobre la finca en el régimen de Propiedad Horizontal. La doctrina francesa se ha planteado si puede considerarse como verdadero lote de copropiedad aquel que comporta, a título de parte privativa, el derecho a construir sobre el terreno de asiento y, a título de parte común, una cuota-parte de la propiedad del suelo. A esta figura se le ha llamado “lote transitorio o de espera”. Aunque la doctrina está dividida, es la jurisprudencia francesa la que de modo más claro y contundente reconoce que los lotes transitorios son auténticos lotes de copropiedad. Vid. La sentencia de 26 de marzo de 1980 dictada por la Cour d’appel de Nîmes, la de 12 de enero de 1982 confirmada por la Cour de Cassation por sentencia de 12 de enero de 1982, vid. también la sentencia de la Cour de Cassation de 3 de julio de 1984 que reconocen que las partes privativas de los lotes pueden estar integradas por edificios construidos o por construir. Las comenta detalladamente ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 291, notas 128 a 134.

⁸⁵ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 363.

tanteo y retracto, y además sería posible la transmisión separada de los dos componentes del lote, que de darse se traduciría en la constitución de un derecho de superficie (por transmisión o por reserva).

Respecto a la jurisprudencia no ha gozado de muchas oportunidades para analizar la figura objeto de análisis, aunque a tenor de sus declaraciones se deduce su constante calificación como derecho real en cosa ajena, sin atribución inicial de cuota de propiedad sobre el suelo. Así, la STS de 24 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9598) y la de 23 de junio de 1998 (RJ 1998/4744) que niega la posibilidad de un derecho de propiedad sobre el espacio desvinculado del suelo.

Más explícita es la jurisprudencia menor como la SAP de Almería de 6 de junio de 2003 (JUR 2003/178031), donde califica el derecho de vuelo como “un derecho de goce que, en una primera fase, faculta a su titular para realizar una construcción, sin otras limitaciones que las derivadas del título constitutivo, del título traslativo, de las Ordenanzas municipales o de la posible existencia de servidumbres *altius non tollendi*; y que, en una segunda fase se transforma en un derecho de propiedad, previo el ejercicio de las facultades que el derecho de vuelo comprende en su primera fase”.

De entre todas las posturas, la tesis⁸⁶ que nos resulta más convincente es la acuñada por ROCA SASTRE⁸⁷, denominada por algunos como la “teoría de la doble fase”. Sostiene el autor que, el derecho de vuelo tendría dos fases: una primera, en la que el titular no goza de cuota de propiedad sobre el suelo y sería titular de un derecho de construcción sobre cosa ajena de “carácter medial” por estar dirigido a una segunda fase, denominada “fase de plenitud”, que consiste en el derecho a tener una edificación en propiedad separada horizontalmente, no de tipo superficiario, sino en plena coexistencia con otras de la misma naturaleza, integrantes todas de la unidad orgánica de una finca edificada, porque cada una de ellas tiene como anejo inseparable una participación indivisa en los elementos comunes, entre ellos el suelo.

Las dudas se plantean fundamentalmente en el supuesto, hoy en día bastante fre-

⁸⁶Aunque la mayoría de los autores conciben el derecho de sobre y subedificación como un *ius in re in aliena*, han vertido diversas opiniones. Hay quienes lo han considerado un derecho *in re aliena sui generis*, y quien lo han intentado encajar en el seno de otras figuras como las servidumbres o el derecho de superficie. ALONSO PÉREZ, M. T: «La construcción...» cit., pág. 259, delimita con precisión las diferencias entre el derecho de superficie y los derechos de sobre y subedificación: 1. A la temporalidad de la situación creada por el derecho de superficie se opone el carácter perpetuo de la disociación originada por los derechos de sobreedificación y subedificación; 2. En estos últimos se desemboca en una propiedad permanente que queda fundida con las demás propiedades existentes en el edificio mediante una participación en los elementos comunes, mientras en el derecho de superficie huelga fijar cuotas sobre elementos comunes; 3. la adquisición de la cuota solar no se da en el derecho de superficie y sí en los de sobre o subedificación; 4 mientras que la superficie puede constituirse directamente sobre o bajo el suelo, parece que en principio los derechos de sobre o subedificación están pensados para construir sobre o bajo fincas edificadas; 5. La disociación dominical en uno y otro derecho son estructuralmente distintas, pues la del derecho de superficie genera una disociación absoluta y temporal, mientras que los derechos de sobre y subedificación generan una disociación con vocación de perpetuidad pero en cierto modo respetuosa con el principio de accesión.

⁸⁷ROCA SASTRE, R. M^a., *Suplemento al Derecho Hipotecario*, 5^a edic. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 28.

cuenta, de reserva del derecho de vuelo por el propietario del inmueble al tiempo de someterlo al régimen de propiedad horizontal, pero antes de la enajenación de los pisos y locales que lo integran⁸⁸, supuesto que ha sido admitido sin suspicacias por el legislador catalán (artículo 567-1)⁸⁹. Se objeta, que en tal supuesto aparecería un derecho real limitado sobre cosa propia. Dice CHICO ORTIZ⁹⁰ que, si el propietario del *todo* se reserva *algo* que es suyo, sería un supuesto un tanto anómalo, salvo que se le dé el carácter de “estatuto” y pueda así inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Desde la doctrina se han ofrecido diversas explicaciones⁹¹.

1. Una primera, sería la aplicación analógica del artículo 541 C.c. que disciplina la constitución de servidumbres por la existencia de un signo aparente, defendida por ROCA SASTRE⁹², de tal forma que con la reserva sólo existe una situación de hecho, interina, que adquiere sustrato y fuerza jurídica al separar la titularidad

⁸⁸CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 196, consideran perfectamente posible que el dueño del solar que declara la obra nueva y otorga el título constitutivo de propiedad horizontal al seguir siendo propietario único del inmueble, se reserve a su favor o de un tercero, el derecho a construir nuevas plantas. En contra, la RDGRN de 7 de abril de 1970 (RJ 1973/3459), que rechaza tal posibilidad con verdadero fundamento por falta de legitimación del promotor, debido a que en ese momento ya no era el único propietario. En sentido idéntico, GONZÁLEZ CARRASCO, C., STS de 10 de mayo de 1999... , op. cit. págs. 1081 a 1094. STS que resuelve un supuesto de impugnación de la constitución de un derecho de vuelo por el constructor del edificio, que tras otorgar escritura de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal; sorprendentemente otorga otro instrumento aclaratorio de la referida escritura en el que se dispone que por error se había omitido consignar que se había reservado el derecho de vuelo sobre el edificio, restringiendo el uso de la azotea a favor del propietario de la vivienda nº 6. Así, si se hace pasar el artículo 16 RH “por la piedra de toque” del artículo 396 C.c. se advierte claramente que tal posibilidad deviene inviable, porque la elevación solo se puede hacer sobre el vuelo del edificio, sobre sus cubiertas, que son elementos comunes y como tales pertenecen proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el promotor haya enajenado las diferentes partes privativas con sus anejos inescindibles. Por tanto el uso y destino de los elementos comunes no puede realizarse por quien habiendo transmitido las viviendas en que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios. Sentencia también analizada por GALVÁN GALLEGOS, A., “Imposibilidad de la reserva por el promotor del derecho de vuelo sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999)”, *Actualidad civil*, Ref. LXXV, T. 4, La Ley, Madrid, 1999, pág. 1559 y ss.

⁸⁹El derecho de vuelo en Cataluña “atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones. Los preceptos del presente capítulo son de aplicación al derecho de subedificación”, y ese “alguien” puede ser un tercero o el propio propietario del inmueble.

⁹⁰CHICO ORTIZ, J. M^a., *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*, Montecorvo, Madrid, 1974, págs. 210 y ss.

⁹¹Relacionadas y explicadas al detalle por CORVO LÓPEZ, op. cit., págs. 100 a 113.

⁹²ROCA-SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, T.V., 8^a ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 360, que en el supuesto que nos ocupa, entiende que al vender el promotor o constructor, constituyente del régimen de propiedad horizontal, alguno de los pisos o locales, se cumpliría uno de los requisitos exigidos por el artículo 16.2 RH: el relativo a la reserva de tal derecho en caso de enajenación de parte de la finca. Existiría así una situación de hecho o en proyecto que adquiere sustrato jurídico al separar la titularidad de las propiedades, al igual que en la constitución de servidumbres por signo aparente.

de las propiedades⁹³.

2. La segunda, se funda en la aplicación de la Teoría de la Condición como así lo ha hecho la RDGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980/3790)⁹⁴ que estima válida la constitución de una carga real sobre inmueble propio cuya eficacia se entiende sometida a la condición suspensiva de que un tercero adquiera alguna de las fincas registrales sobre las que se establece. Posición secundada, entre otros por BALLESTEROS ALONSO⁹⁵.
3. En tercer lugar, se ha esgrimido, también, la “teoría del interés legítimo” que justifica la reserva quedando supeditada a que se produzca la pluralidad de titulares.
4. Por último, se ha ofrecido como solución al problema la no realización de la reserva del derecho de vuelo hasta el momento de la primera enajenación de un piso o local.

De todas ellas, la explicación más adecuada y satisfactoria, junto a la de la aplicación analógica del artículo 541 C.c.⁹⁶, y de conformidad con lo manifestado por la autora CORVO LÓPEZ, es entender que, de un lado, la reserva del derecho de sobreedificación y subedificación por parte del propietario único del edificio, con carácter previo a la enajenación de los pisos y locales es un acto dominical, no se trata de la constitución de un derecho real sobre cosa propia (ex artículo 348 del Código civil) y de otro, con la enajenación y conversión de alguno de los pisos o locales en ajenos, opera una especie de novación real, de tal forma que lo que antes fue un acto *iure dominio* se transforma en un *ius in re aliena*. La aplicación de lo dispuesto en el artículo 541 C.c., solución propuesta por ROCA SASTRE, conduciría a parecidas conclusiones.

7.2.2.2. La existencia de edificio base como presupuesto para la disociación de la propiedad inmobiliaria en los derechos de sobreedificación y subedificación

La constitución de un derecho de sobre o subedificación sobre un edificio construido representa el supuesto más paradigmático y menos problemático a la hora de la delimitación del objeto y de la disociación del dominio que el mismo conlleva. Tres

⁹³Sobre la servidumbre del padre de familia, vid. la monografía de CUADRADO PÉREZ, C., *Constitución por signo aparente*, Fundación Registral, Madrid, 2007, págs. 126 y ss.

⁹⁴La RDGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980/3790) ha dicho “también puede ese signo aparente crearse de forma documental en la propia escritura pública, y a través de su inscripción en los libros registrales darlo a conocer a terceros, quienes al adquirir todo o parte del inmueble o inmuebles dan lugar a que se cumpla la condición que originará el nacimiento de la mencionada servidumbre”.

⁹⁵BALLESTEROS ALONSO, M.: «Derecho de vuelo», *RCDI*, N° 612, 1992, págs. 2068 y ss., que concibe la posibilidad, con el fin de salvar las formas de constituir el derecho de vuelo sujeto a la condición suspensiva de que o bien la finca gravada o bien el derecho de vuelo hayan pasado a ser de una titularidad distinta.

⁹⁶CUADRADO PÉREZ, op. cit., pág. 67 y ss, también en su obra *Constitución de servidumbre por signo aparente*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2007, pág. 17 y ss, y 51 y ss.

serían los argumentos que así lo justifican: 1) Se trata del supuesto que el tenor literal del artículo 16.2 del RH contempla expresamente; 2) aparece perfectamente definido el espacio que sirve de referencia para la construcción de las nuevas plantas; y 3) una vez ejercitado el derecho concurren taxativamente todos y cada uno de los presupuestos para la constitución de la finca en régimen de propiedad horizontal, ya que encontraríamos unos derechos de propiedad sobre los elementos privativos, susceptibles de aprovechamiento independiente, vinculados a la participación sobre los elementos comunes, entre los que encontramos el suelo.

La duda y la problemática doctrinal se ciernen sobre los supuestos en que la edificación no goza de existencia actual, encontrándose en construcción o meramente proyectada y, especialmente, sobre la posibilidad de constitución de derechos de sobre y subedificación directamente sobre solar sin edificar, o la posibilidad de constituir un derecho de subedificación de carácter privado respecto a un solar de pertenencia pública.

A. Constitución de un derecho de sobreedificación o subedificación sobre edificio en construcción o meramente proyectado

Con relación a los edificios en construcción o, al menos meramente proyectados la doctrina mayoritaria se ha mostrado a favor de entender que dada la íntima conexión entre la propiedad horizontal y el derecho de sobre o subedificación, *éste puede darse respecto de todo edificio en que esta forma de propiedad pueda producirse*⁹⁷. Así, desde esta perspectiva y tomando en consideración el artículo 8.4 del RH⁹⁸, será posible su constitución sobre edificios cuya construcción esté al menos comenzada o proyectada⁹⁹, entendiéndose por edificio proyectado, el definido por un proyecto debidamente

⁹⁷CORVO LÓPEZ, op. cit., págs. 278.

⁹⁸Artículo 8 de Reglamento Hipotecario dice: “Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo. Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial. Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: 4.º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales”.

⁹⁹Para CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 201, una cuestión que debe quedar clara es que el derecho de vuelo no constituye necesariamente un escalón para poder inscribir el derecho de propiedad sobre las unidades registrales independientes de un futuro edificio. Es posible, por ejemplo, que el propietario de un solar ceda a cambio de pisos futuros, la edificación “comenzada” o meramente “proyectada”, y podrá ser inscrita, figurando como titular el cedente, sin necesidad de que en el momento de la cesión-permuta se hubiera éste reservado un derecho de vuelo para garantizar vinculación real con el piso o pisos futuros que le corresponderán. De tal forma, que el contrato de permuta, debidamente inscrito, sirve de título para inscribir la propiedad del piso o local correspondiente, sin necesidad de fabricar un título *ad hoc* cual es el derecho de vuelo, o la reserva

formalizado¹⁰⁰.

Para CORVO LÓPEZ¹⁰¹, la creación de una relación jurídico real sobre algo que carece de existencia actual es inconcebible. Ahora bien, la inexistencia del edificio base no tiene por qué condicionar la validez de los acuerdos celebrados en atención a una situación futura de la finca (verdadero objeto de los derechos), pero no será suficiente que la finca exista, será necesario que haya una efectiva vinculación entre el edificio proyectado y la finca en cuestión porque los derechos de sobreedificación y subedificación no gravan únicamente una cuota del suelo sino también un edificio.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 16.2 del RH, entendemos que, hasta que no empiece, al menos, a construirse el edificio base lo único que habrá será un vínculo personal y el derecho de sobre y subedificación no quedará válidamente constituido¹⁰². Piénsese en las dificultades que existirían al tratar de inscribir un derecho de sobre y subedificación sobre un edificio que, en tanto que meramente proyectado, aún no ha accedido al Registro.

Este es el sentido en el que ha evolucionado la doctrina de la DGRN, así en su resolución de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986/1006), se acepta la posibilidad de constituir un derecho de sobre o subedificación sobre un edificio meramente proyectado, condicionado suspensivamente su nacimiento (por acuerdo de las partes), a que efectivamente se ejecute la construcción del edificio en cuestión. En sentido parecido la RDGRN de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/10205), que conoce de un supuesto en el que un matrimonio dona a uno de sus hijos un derecho de vuelo para elevar una primera planta sobre la casa de su propiedad, y a otro hijo dona el derecho de vuelo, para elevar una segunda planta sita sobre la primera. La DGRN consideró actual e incondicionada la segunda donación. Sin embargo, el registrador niega su inscripción porque no existe la base física para la segunda planta, con lo que falta la nota de inmediatez entre el derecho y la cosa objeto del mismo como rasgo definitorio y necesario de un derecho real. Finalmente, la DGRN distingue entre existencia del derecho de sobreedificación y posibilidad de ejercerlo. Admite la constitución del derecho a favor del segundo hijo y precisa que, una cosa distinta será que su ejercicio no sea viable en tanto en cuanto no se encuentre ejecutada la primera planta, y que su efectividad y subsistencia dependerá de la actitud del primer hijo a quien se dona un derecho de sobreedificación

del derecho de vuelo.

¹⁰⁰SOTO BISQUERT, op. cit., pág. 934, que distingue dos sentidos del término “edificio proyectado”, como edificio cuya construcción está aún por definir y edificio cuya construcción está definida, siendo la línea de diferenciación de ambos la existencia de un proyecto aprobado por los organismos oficiales.

¹⁰¹CORVO LÓPEZ, op. cit., págs. 276 y ss., realiza un exhaustivo recorrido doctrinal y analiza las distintas posturas a favor y en contra de la constitución de los derechos de sobre o subedificación sobre fincas en construcción o meramente proyectadas.

¹⁰²PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003, págs. 145 y 146, tras declarar como premisa básica la validez y eficacia del contrato por el que se constituye un derecho real sobre cosa no existente, afirma que: “la relación directa e inmediata que el derecho real impone sobre la cosa no es posible, no es ejercitable, hasta que el objeto sobre el que recae no gane existencia”. Para él podría hablarse de una relación jurídico real en estado de pendencia o, de una previa relación obligatoria que prepara el camino de la relación definitiva.

consistente en la edificación de la primera planta. Debemos puntualizar que, en este último supuesto no puede decirse que el edificio base está meramente proyectado, sino más bien que se trata de dos derechos constituidos sobre un edificio base que deberán ejercitarse de forma sucesiva.

Idéntica postura es la adoptada en el territorio foral de Navarra. De la dicción de la ley 435 del Fuero de Navarra se infiere que los derechos de sobre y subedificación se constituyen siempre sobre un edificio, aunque permite expresamente la posibilidad de que dicho edificio se construya en un momento posterior a la constitución del derecho de sobre o subedificación, siempre y cuando esté definido¹⁰³ ese edificio base al tiempo de la constitución del derecho, pues sólo una vez aprobado el proyecto y concedida la correspondiente licencia de edificación, se podrán conocer las características del edificio. Por el contrario el artículo 567-1 C.c.c. admite abiertamente la posibilidad de que los derechos de vuelo se constituyan no sólo sobre un edificio, sino también sobre un solar edificable¹⁰⁴. Y aunque esta cuestión ha quedado resuelta en Cataluña se mantiene en el ámbito del derecho común y navarro.

B. Constitución de un derecho de sobreedificación o subedificación sobre solar sin edificar

Aceptada la posibilidad de constituir los derechos de sobreedificación y subedificación no sólo sobre edificios ya construidos, sino también sobre edificio en construcción, o incluso sobre edificios meramente proyectados, procede dar otro paso y preguntarnos si al igual que ocurre con el derecho de superficie, los expresados derechos pueden ser constituidos válidamente sobre un solar. Como hemos adelantado, la cuestión ha quedado resuelta afirmativamente en Cataluña, no así en el ámbito del Derecho común y navarro, lo que nos obliga necesariamente a hacer referencia a las dos posiciones doctrinales existentes que, desde hace ya años, se vienen enfrentando a la cuestión.

Quienes¹⁰⁵ defienden la posibilidad de constituir los derechos de sobre y subedificación directamente sobre un solar, se sirven fundamentalmente de los siguientes argumentos; 1) La existencia de una necesidad económica no atendida por el Ordenamiento jurídico consistente en la tenencia de una propiedad separada y perpetua de un edificio levantado sobre o bajo finca ajena no edificada; 2) Se trataría de la fórmula ideal¹⁰⁶

¹⁰³DOMENGE AMER, B., *El derecho de sobre y subedificación*, Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 172, recogiendo las matizaciones de SOTO BISQUERT, entiende la necesidad de concluir que el derecho de sobre o subedificación sólo será posible su constitución en un edificio con título constitutivo otorgado a un proyecto perfectamente definido.

¹⁰⁴FUENTES LOJO, op. cit., pág. 560 y ss.

¹⁰⁵ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pag. 344 a 359; BALLESTEROS ALONSO, op. cit., pág. 2073; NÚÑEZ RUIZ, op. cit., pág. 123. Vid también la RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986/1006) que permitió la inscripción de un derecho de vuelo sin un edificio base.

¹⁰⁶Con el derecho de sobre o subedificación directamente sobre solar sin edificar el propietario del solar no perdería la propiedad de la finca, con lo que quedaría protegido de cara a los problemas que pudieren generarse en la relación con el constructor, y este último adquiriría un derecho real sobre cosa ajena sobre el que, perfectamente podría constituir una hipoteca; además la ejecución de la hipoteca no

para solucionar los importantes desequilibrios que provoca la fórmula del contrato de “cambio de solar por edificación futura”¹⁰⁷, ya que conduciría a una disociación de la titularidad dominical¹⁰⁸ semejante a la conseguida con tal contrato, pero sin sus inconvenientes. Así, se eliminaría el gran desequilibrio entre la postura del cedente del solar y la posición ventajosa de las empresas constructoras¹⁰⁹ que adquieren un solar y con ello una fuente importante de financiación, sin tener que entregar inmediatamente la contraprestación, y con la consecuencia del total desamparo del propietario inicial ante determinados problemas que se pueden suscitar (concurso del contratista, ejecución de hipoteca, incumplimiento contractual, transmisión a terceros de buena fe, etc.)¹¹⁰. A este desequilibrio habría que sumar además, el hecho de que todos los esfuerzos reali-

alteraría la situación del concedente del derecho, dado que quien resultara adjudicatario del derecho de sobre o subedificación estaría obligado a llevar a cabo la construcción en los mismos términos a que estaba obligado quien lo hipotecó. CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 307.

¹⁰⁷PLANA ARNALDOS, M^a C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs., 29, 71, 72, 77, 79, 113. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., pág. 204 y ss. También CORVO LÓPEZ, F.M^a., “Los derechos de sobreedificación y subedificación como alternativa al cambio de solar por edificación futura”, *Aranzadi Civil*, N^o 11, 2011, pág. 101 a 115.

¹⁰⁸ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 357, también defiende el derecho de sobre o subedificación como alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura ya que permitiría desembocar en idéntica situación de disociación dominical, normalmente de propiedad horizontal.

¹⁰⁹PLANA ARNALDOS, M^a C., “STS de 17 de septiembre de 2003: Contrato de cesión de suelo a cambio de edificación. Resolución del contrato. Restitución: aplicación de las normas de accesión”, en *CCJC*, N^o 65, 2004, págs. 673 a 688. Sentencia que resuelve aplicando las normas de accesión de mala fe (artículo 362 C.c.) un supuesto de hecho referido al incumplimiento por el constructor del contrato de permuta de solar a cambio de edificación futura, en el que la sociedad edificante se obliga a la ejecución de la obra en un periodo de dos años, y a entregar en dicha fecha la planta baja como contraprestación por la entrega del solar, quedando sometida la virtualidad del contrato a condición suspensiva, esto es, no se transmite la propiedad del solar hasta la efectiva entrega de la obra en el plazo estipulado. En el referido comentario, la autora pone de manifiesto los grandes inconvenientes de tal fórmula, ya que es bastante común el incumplimiento del plazo pactado como condición suspensiva o resolutoria. Es más advierte como comportamiento típico de los constructores el comienzo de la construcción sin una mínima solvencia pues hacen depender el buen fin de la empresa de la venta anticipada de los inmuebles proyectados. Inconvenientes destacados igualmente por NAVARRO CASTRO, op. cit., pág. 1050, que critica la insuficiencia transmisiva de la escritura pública de la cesión de solar por obra futura. Considera necesario para entender transmitida la propiedad un acto posterior de entrega una vez terminada la obra. Porque puede ocurrir que en el intervalo de tiempo que transcurre hasta la entrega, pues puede suceder que, el constructor pierda la propiedad tanto del bien que ya ha recibido (el solar) como, si ya existe, del que debe entregar (los pisos), incluso, no es de extrañar que el contratista incurra en quiebra o se le embarguen bienes. Para evitar estas injusticias se ha defendido la posibilidad de *traditio* instrumental diferida.

¹¹⁰Tampoco se solucionarían los problemas concediendo al constructor únicamente un derecho personal, reteniendo en su patrimonio el cedente la propiedad del *solum*, pero así ocurrió en el supuesto de hecho resuelto por las SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8837) y 20 de noviembre de 1991 (RJ 1991/9232), en las que el cedente hizo suyas las construcciones vía accesión. El constructor en caso de otorgamiento de un simple derecho personal con el compromiso por parte del *dominus soli* de entregar al contratista en pago del cumplimiento de su obligación, se arriesga a perder todo el volumen de la inversión efectuada, si el cedente resuelve por incumplimiento y los tribunales fallan considerarlo constructor de mala fe del artículo 362 C.c. como así ocurrió en la STS de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6420).

zados para proteger al propietario del suelo han sido infructuosos, fundamentalmente por dos razones: la primera, porque la propuesta de incorporación al contrato de una cláusula resolutoria¹¹¹ que obligue al constructor a edificar en un plazo determinado, no ha tenido éxito. Esta solución aunque ideal en el plano teórico, en la práctica no suele adoptarse porque desincentiva la financiación de la ejecución de la obra, ya que la entidad financiera exige normalmente la constitución de hipoteca sobre el solar en garantía del préstamo, y no va a arriesgarse a prestar y perder la garantía de lo prestado para el caso de que llegara a aplicarse la cláusula hipotecaria. La segunda, porque se apostó¹¹² por darle al propietario-cedente un poder directo, una titularidad sobre la parte del edificio que constituía la contraprestación, como claro ejemplo de la modalidad de cesión de solar por obra futura que se disciplinaba en los apartados 1º a 3º del artículo 13 RH, tras su redacción por RD 1867/1998, de 4 de septiembre. Párrafos declarados nulos, un año después por la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/1083).

También se viene alegando¹¹³ la existencia de una tendencia jurisprudencial proclive a la admisión de la constitución de los derechos de sobre y subedificación sobre fincas sin edificar, aunque su análisis desvela una realidad distinta. Así se suele esgrimir la RDGRN de 14 de mayo de 1984 (RJ 1984/2588), pero tal resolución admite un derecho a construir bajo suelo ajeno, en el que no concurren las características y límites del artículo 16.2 del RH, sino que se configura como una servidumbre predial de carácter perpetuo. También se aduce la RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986/1006) en la que se conoce un supuesto en el que el propietario del suelo acuerda con el promotor la concesión de un derecho a sobreelevar dos plantas, en el marco de un futuro edificio de tres plantas, donde la obligación de construir la planta primera o planta baja, se había pactado como contraprestación del constructor. La DGRN acepta tal derecho de sobreelevación de dos plantas, indicando que aunque no existe en principio primera planta, como edificio base, es indudable que no se constituye un derecho actual y perfecto sino condicionado en su origen a la construcción de la planta baja. Finalmente también en la Resoluciones de 18 de abril de 1988 (RJ 1988/3358) y de 17 de julio de 1998 (RJ 1998/5973) se ha querido ver un derecho de sobreelevación o subedificación sobre solar sin edificar, pero se trata de supuestos en los que el solar pertenece en propiedad a varios comuneros, que acuerdan la construcción de un edificio con atribución privativa a cada uno de ellos de una vivienda, un garaje o local en el edificio futuro que se va a construir y su sometimiento al régimen de Propiedad Horizontal, con titularidad de una cuota sobre los elementos comunes, entre ellos, el suelo.

Desde el sector doctrinal opuesto el rechazo a la constitución de un derecho de sobre o subedificación directamente sobre solar sin edificar se fundamenta, de un modo resumido, en los siguientes argumentos: 1) El legislador no quiere volver a situaciones

¹¹¹LÓPEZ FRÍAS, A., “La condición resolutoria expresa como garantía de los derechos del cedente del solar”, 1997. También, LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 93.

¹¹²CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 306.

¹¹³BALLESTEROS ALONSO: «Derecho de vuelo...» cit., pág. 2075.

de división dominical indefinidas y perpetuas como eran los censos; 2) Si el derecho de superficie se pudiera configurar como derecho perpetuo, el derecho del propietario del solar se vería reducido a nada¹¹⁴; 3) Si se admitiera con carácter general la constitución de un derecho de sobre y subedificación sobre solares sin edificar, el derecho de propiedad del titular del solar se desvanecería al tiempo del ejercicio del derecho real limitado, por cuanto tal ejercicio determina la adquisición por parte de su titular de una cuota del suelo y la integración en un régimen de propiedad horizontal. Difícilmente el dueño inicial puede mantener una participación en el suelo si, cuando ha de constituirse la propiedad horizontal, no es titular de algún elemento privativo¹¹⁵; 4) la dificultad de articular jurídicamente la situación existente antes y después del ejercicio del derecho. Respecto a esto último y en opinión de ALONSO PÉREZ, se estaría, una vez ejercitado el derecho, en una situación similar a la de su constitución por vía de reserva con transmisión inicial de cuota del suelo, cuya articulación podría llevarse acudiendo a la normativa de la Propiedad Horizontal o encajarla en el supuesto de disociación a que conduce el artículo 398.4 C.c. Ahora bien, antes de su ejercicio, si no se transmite cuota del suelo, se estará ante un derecho real que grava un solar sin edificar que se regirá por la normativa general sobre derechos reales en cosa ajena; en cambio, si hubiere transmisión inicial de cuota del suelo *ab initio*, y teniendo en cuenta los problemas que podría suscitar la aplicación de la normativa de la Propiedad Horizontal, la autora entiende preferible incardinar la situación en el supuesto de hecho del artículo 398.4 C.c.

En definitiva, aunque es cierto que la tesis partidaria del reconocimiento de la posibilidad de constituir un derecho de sobre y subedificación en un solar sin edificar se revela atractiva, e incluso goza de respaldo legal en Cataluña, no podemos sin más aceptarla. Juegan a su favor el principio de autonomía de la voluntad, el *numerus apertus* que rige nuestro Ordenamiento jurídico en materia de derechos reales y que tanto el artículo 16.2 del RH como la Compilación Foral de Navarra no la prohíben expresamente¹¹⁶. Sin embargo, la naturaleza de tales derechos como defiende CORVO LÓPEZ, presupone su constitución sobre un edificio.

Por todo ello, parece admisible su válida constitución sólo en los casos de “edificio proyectado”, entendido el término edificio en sentido amplio, no como edificio construido sino meramente proyectado, siempre que pueda configurarse y acceder al Registro, esto es, que aunque sólo conste en plano cuente con la oportuna licencia autorizatoria de su edificación.

También, en aquellos casos en los que el derecho se constituye sobre un solar contiguo a un edificio ya construido cuya ampliación en sentido lateral se pretende o que pertenece a una urbanización; podrían, a su vez, subsumirse en el artículo 16.2 RH

¹¹⁴ARNAU RAVENTÓS, L.: «La reserva del dret de sobreelevació i subedificació en un règim de propietat horitzontal: l'article 553-34 del Projecte de Llibre Cinqué del Codi civil de Catalunya», *La Notarí*, Nº 11/2003, noviembre 2003, págs 153 a 160.

¹¹⁵La profesora ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., págs. 346 y 347, considera que hay una razón para que se considere que los derechos de sobreedificación y subedificación solo pueden constituirse sobre fincas edificadas: la propia estructura de la propiedad horizontal.

¹¹⁶BALLESTEROS ALONSO: «Derecho de vuelo...» cit., pág. 2073.

aquellos supuestos en los que las partes hayan acordado expresamente el negocio de cambio de suelo por vuelo¹¹⁷, con prestación de obra. Se trataría del supuesto en el que el propietario de un solar concede un derecho real de sobre o subedificación sobre su solar a favor de un tercero que se obliga a entregar como contraprestación, un número determinado de plantas, pisos, locales o garajes, y una vez ejercitado tal derecho, la situación resultante será la de una pluralidad de propietarios sobre partes privativas y una cotitularidad sobre elementos comunes, especialmente el suelo¹¹⁸. Al configurarse como derecho real limitado, debería tener un plazo de ejecución pactado, transcurrido el cual, se extinga, así como delimitada la superficie máxima que pueda llegar a ocupar la edificación para así conseguir una perfecta delimitación del derecho que se constituye. E idéntica conclusión debería alcanzarse cuando se pretenda constituir un derecho de subedificación sobre solar no edificable en superficie, particularmente cuando esté configurado como bien demanial público.

C. Especial referencia a la posibilidad o imposibilidad de constituir un derecho de sobreedificación o subedificación privado sobre solar público

En nuestra legislación se distinguen dos tipos de bienes de pertenencia pública: por un lado, los bienes de dominio público, destinados al uso o servicio público, y por otro, los bienes de naturaleza patrimonial que pertenecen a la Administración como si de un sujeto privado se tratara. Los primeros, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de bienes de entidades locales, se destinan al uso o servicio público y según el artículo 5 del citado Reglamento referido son: “inalienables, inembargables e imprescriptibles”, aunque tradicionalmente se ha permitido respecto a ellos, conceder su uso o aprovechamiento temporal a favor de los particulares, a través del recurso a la figura de la concesión administrativa. En el caso de los bienes patrimoniales, por el contrario, se ha podido llevar a cabo la disociación del dominio sin problemas, a través, entre otras posibles fórmulas, de un derecho temporal de superficie o de un derecho de sobre o subedificación.

El problema radica en que el recurso por parte de los Ayuntamientos a la fórmula de la concesión administrativa para construir aparcamientos en el subsuelo demanial¹¹⁹ ha quedado obsoleta y se ha revelado incapaz de satisfacer los intereses, tanto del Ayuntamiento, que después de realizar en la mayoría de las ocasiones una importantísima inversión inicial, debe asumir también el control de la explotación, como de los intereses particulares que no adquieren la propiedad sino simplemente un derecho temporal y limitado de título concesional sobre las plazas de aparcamiento, pagándolo, a veces, a precio de mercado como si de la adquisición de propiedad se tratase¹²⁰. Por ello doc-

¹¹⁷PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, op. cit., pág. 126.

¹¹⁸CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 308.

¹¹⁹ARNÁIZ EGUREN, R.: *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid 1993, pág. 75 y ss., 110, 115 a 118; también ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos en el subsuelo municipal*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 40 a 48, 67, 69, 78 a 81, 115 y ss.

¹²⁰CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 311.

trina, y la propia Administración, han buscado otras fórmulas alternativas en atención a los principios de función social de la propiedad, al económico de utilización total de los bienes tanto públicos como privados y, a las modernas teorías que limitan el uso exclusivo del subsuelo y del vuelo por el *dominus soli* a lo estrictamente necesario para la finalidad propia de la finca, sin posibilidad de impedir otros usos sociales que nacen de las innovaciones técnicas que permiten explotar el subsuelo demanial. Una de estas nuevas posibilidades consiste en desafectar el subsuelo demanial para convertirlo en un bien de naturaleza patrimonial y proceder así posteriormente a su enajenación. También, se ha planteado el camino inverso, que pasa por el previo otorgamiento de una concesión que permite a su titular a ejecutar la obra, normalmente un aparcamiento en el subsuelo, quedando el espacio subterráneo materializado y delimitado para, a continuación, proceder a la desafectación del volumen ocupado por la obra y a su enajenación, en la que el concesionario tendrá un derecho de adquisición preferente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley de Patrimonio del Estado, y 3.4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre.

Finalmente, al amparo de la doctrina sentada por la DGRN se ha barajado también la posibilidad de constituir un derecho de superficie o de subedificación bajo suelo demanial¹²¹, una vez desafectado el suelo. Así, la resolución DGRN de 5 de abril de 2002 (RJ 2002/8121)¹²² permite la inscripción como finca independiente de una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación, sin necesidad de constituir el régimen de propiedad horizontal, recurriendo a la figura del complejo inmobiliario más simple, formado por dos propiedades y una pared horizontal en común¹²³.

¹²¹ Posibilidad a la que hacen referencia GARCÍA GARCÍA, J. M., VIDAL FRANCÉS, P. y ÁLVAREZ BELTRÁN, J.: «Concepto de conjunto inmobiliario o complejo inmobiliario», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso internacional de Derecho registral*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid 1983, pág. 6.

¹²² El supuesto de hecho que da origen a esta decisión se resume de la siguiente manera: aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Oviedo la desafectación del subsuelo de una parte del Parque de Invierno y su inclusión en el inventario municipal de bienes como bien patrimonial con el fin de construir un aparcamiento subterráneo de dos plantas. Para ello se promueve la inscripción de dicha unidad subterránea como finca independiente de la superior, el Parque de Invierno que continúa siendo bien de dominio público. También se promueve la inscripción de un complejo inmobiliario integrado por la zona de equipamiento del palacio de los Niños sito en el citado parque y el desafectado aparcamiento subterráneo ubicado bajo el mismo. Ante la negativa del Registrador de inscribir el acuerdo municipal de desafectación del subsuelo del Parque de Invierno y constitución del complejo inmobiliario, y el oportuno recurso del Ayuntamiento ante la DGRN, se revoca la nota de calificación del Registrador y se permite la inscripción en el Registro de la Propiedad, como finca independiente, de la unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo el suelo de carácter público, una vez desafectada como bien demanial y configurada como bien patrimonial, así como su integración en un complejo inmobiliario junto a la finca demanial de la superficie.

¹²³ GOMÁ LANZÓN, I., “Engalabernos y medianería horizontal”, en *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2014, nº 56, habla de “medianería horizontal” para referirse al complejo inmobiliario más simple. Será esta figura la que dará respuesta no sólo a uno de los problemas más frecuentes en materia edificatoria-urbanística, como es el relativo a la naturaleza de los derechos sobre aparcamientos subterráneos, cuando la superficie ha de ser de titularidad pública, integrada por plazas, calles, zonas verdes... huyendo así de la farragosa y poco deseada aplicación de la institución de las concesiones

Sigue esta misma doctrina, la Resolución de 24 de febrero de 2007 (RJ 2007/6137) que resuelve el recurso interpuesto por un Notario de Pamplona, ante la negativa de la Registradora de la Propiedad a practicar una segregación y cesión gratuita del subsuelo. La cuestión que se plantea es la posibilidad de inscribir separadamente el suelo y el subsuelo, quedando el subsuelo bajo titularidad privada, sin previa constitución de un régimen de propiedad horizontal, ni reserva del derecho de subedificación, ni siquiera de un acto de modificación hipotecaria que justifique la creación de diversas fincas registrales, esto es, de dos objetos jurídicos donde antes había uno solo, y siendo, además, el suelo de titularidad pública y el subsuelo de titularidad privada. Reproducen literalmente sus argumentos, las Resoluciones de 26 y 27 de febrero de 2007 (RJ 2007/6138 /6139, respectivamente).

La resolución referida (24 de febrero de 2007 —RJ 2007/6137—) aunque desestima el recurso y confirma la nota de calificación registral por “carecer la escritura calificada de un adecuado cumplimiento del Principio de Especialidad Registral, por no quedar los objetos del documento claramente delimitados conforme exige dicho principio”, considera que: “no existen obstáculos estructurales en nuestro Ordenamiento Jurídico para la configuración de un régimen distinto al suelo (que abarcaría lógicamente también al vuelo) y el subsuelo. Incluso, nuestro sistema permite configurar las fincas no solamente en su concepto clásico de fincas perimetrales terrestres sino como volúmenes edificables —o subedificables— siempre que conforme a las reglas generales estén suficientemente definidos”. Resolución que distingue, además, dos fórmulas de modificación hipotecaria posibles según se pretenda la configuración de una finca totalmente independiente del suelo-vuelo o, tan solo, un desdoblamiento del régimen jurídico de suelo-vuelo y subsuelo: 1) En el primer caso, será necesario una segregación¹²⁴, previa concesión de la preceptiva licencia administrativa correspondiente y

administrativas. También dará solución a aquellos casos privados en los que se superponen propiedades privadas como las casas a caballo, empotradas o engalabernos. GONZÁLEZ CARRASCO, C., “STS de 1 de abril de 2009. Propiedad horizontal. Complejo inmobiliario compuesto por distintos edificios sobre suelo no común. Nulidad de cláusula estatutaria de exención de gastos generales a las parcelas aún no construidas”, en *CCJC*, N° 81, 2009, pág. 1495 y ss., para que exista un complejo inmobiliario y se regule por las normas de la propiedad horizontal basta con la acreditación de la coexistencia de diferentes unidades inmobiliarias, independientemente de que unas sean edificios, incluso divididos a su vez en régimen de horizontalidad, y otras veces meros terrenos parcelados y dispuestos para su edificación, *que existan propietarios distintos y que la propiedad singular y exclusiva sobre cada uno de esos elementos lleve aparejada la participación, con arreglo a una cuota, sobre elementos comunes o, al menos, elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios, esto es, servicios generales destinados al mejor uso y disfrute o aprovechamiento de los privativos.*

¹²⁴LUQUE JIMÉNEZ, C., “Configuración registral del subsuelo disociado del suelo”. *RCDI.*, N° 712, 2009, págs. 713 y 714, recoge la negativa de un sector doctrinal a aceptar la posibilidad de la segregación del subsuelo a la que se refiere en las resoluciones analizadas la DGRN. Concretamente LANZAS MARTÍN, E. P., “Segregación de volúmenes subterráneos”, en *RCDI*, N° 701, mayo-junio 2007, págs. 1394-1405, considera que admitir que se pueda segregar de una finca registral preexistente, no una superficie de terreno, sino una parte de su subsuelo o, más concretamente, un determinado volumen subterráneo para crear una nueva finca registral independiente, supone una perturbación de los principios rectores de nuestro sistema hipotecario, ya que implica admitir que un mismo terreno pueda constar en el Registro en dos folios diferentes, uno para el suelo-vuelo y otro para el subsuelo, a través de la técnica

especificación clara del volumen edificable subterráneo que se segrega; 2) en el segundo caso, se precisará la previa constitución de un derecho de subedificación o una propiedad horizontal, esto es, el recurso a la técnica de la división horizontal aplicable a los complejos inmobiliarios¹²⁵ (reconocidos en la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal llevada a cabo por la ley 8/1999 de 6 de abril y regulados en el artículo 24 de la LPH), por existir, cuando menos, un elemento común entre suelo y subsuelo, que es precisamente la línea de separación entre uno y otro, normalmente a través de un forjado. Y en lo que respecta a la realidad registral, deberá abrirse folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen del subsuelo desafectado como bien demanial, sin que ello signifique una total desvinculación de la finca matriz, ya que en el folio abierto a ésta, debe hacerse constar el distinto régimen del subsuelo, como modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz. Por lo que aunque no haya pluralidad de fincas materiales o físicas, en cuanto suelo y subsuelo forman parte de la misma finca física, sí existe pluralidad de fincas inmateriales o registrales desde el momento mismo que se abre folio propio al subsuelo patrimonial.

Resoluciones que aunque avanzadas, ya que admiten el desdoblamiento entre el suelo-vuelo y el subsuelo, no ofrecen una base doctrinal de peso, más allá del argumento de que “el principio de accesión del dominio tiene excepciones, que pueden tener su origen en la voluntad del propietario (caso de la constitución de un derecho real de superficie, de un derecho real de vuelo o de subedificación) o en la propia Ley

de la segregación. No considera, que de ello, se deduzca que el Derecho Hipotecario sea insensible ante la evolución del concepto de finca, pues el propio ordenamiento proporciona los cauces para su constatación tabular, a través de la estructura piramidal de folios separados pero interdependientes como es la característica de la propiedad horizontal o la de los conjuntos inmobiliarios, o bien a través de la constitución de un derecho de superficie u otro análogo, en cuyo caso la inscripción debe hacerse en el folio abierto a la finca en su conjunto. LANZAS MARTÍN, considera también que no puede quedar al arbitrio de los agentes del tráfico jurídico la creación de nuevas entidades hipotecarias o fincas registrales especiales, pues es una tarea que corresponde de manera exclusiva a la ley, como excepción de una norma legal de carácter general. Además ejemplifica con la hipótesis de que si la finca subyacente no hubiera accedido aún al Registro y se vendiera su subsuelo, no cabría inmatriculación solamente de éste, pues de lo contrario llevaría a una situación paradójica: la inmatriculación del subsuelo pero no del suelo-vuelo. El fundamento de esta imposibilidad es el mismo que impide inscribir un piso o local sin que previamente estén inscritas la declaración de obra nueva del edificio y su constitución en régimen de propiedad horizontal. En consecuencia, al no existir esa independencia absoluta entre el suelo y el subsuelo que justifique la apertura de folio registral del segundo sin que esté inmatriculado el primero, quiebra el argumento que constituye la base de la admisibilidad de la segregación contemplada. De gran interés también la ponencia de GARCÍA GARCÍA et al. «Concepto de conjunto inmobiliario»... cit., pág. 3 y ss.

¹²⁵La realidad social en los países occidentales ha desbordado los modelos en régimen de propiedad horizontal y de la propiedad por pisos se ha pasado a los complejos inmobiliarios. Son habituales en los casos en los que como punto de partida existe una titularidad única sobre varios solares en los que se proyecta construir, y el propietario, que como tal figura ya en el Registro de la Propiedad, trata de inscribir no sólo el régimen de propiedad horizontal sino también las relaciones de interdependencia y servicio permanentes que tales construcciones precisan. Advierte CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de cosas*, T. II, Vol. II, 15ª edic., 1994, pág. 157, que para la regulación del complejo inmobiliario, en ocasiones, se han agrupado arbitrariamente construcciones que podían haber tenido identidad propia y otras veces, manteniendo la autonomía funcional de los edificios se recurre a la configuración de servidumbres o limitaciones recíprocas.

(limitaciones derivadas de la Ley de Minas, de Navegación Aérea, de Aguas, del Patrimonio Histórico, etc). Entre esas excepciones, sin necesidad de articularlas por vía de un derecho de subedificación o de superficie, está la delimitación del suelo y el vuelo como objetos diversos en el tráfico jurídico, posibilidad ésta amparada en el principio general de libertad de creación de derechos reales —siempre que se respeten las exigencias esenciales o estructurales de nuestro sistema registral— existente en nuestro Derecho”, y añade que “En definitiva, concurre para la admisión de la figura la existencia de una causa justificativa suficiente (la explotación adecuada de los subterráneos existentes en zonas públicas) y no se distorsionan los principios registrales”.

Entendemos que para justificar tal desdoblamiento quizá sea necesario examinar los tres obstáculos teóricos que señala la resolución del 24 de junio de 2007¹²⁶:

1. El relativo a la extensión del dominio en sentido vertical. El artículo 350 C.c., interpretado de conformidad a la doctrina moderna, lleva a la conclusión de que el *dominus* puede utilizar el vuelo y el subsuelo de su finca en todo cuanto interese a la explotación de su fundo, siempre “con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas”. Limitación que ha sido expresamente reconocida en el artículo 12.2, del nuevo Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que establece que las facultades del propietario “alcanzan al suelo y subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público”.
2. El segundo obstáculo sería el principio de accesión, el principio *sueperficies solo cedit* y el pretendido carácter imperativo que desde la RDGRN de 19 de mayo de 1952 (RJ 1952/1627), se le ha venido otorgando cuando dispuso en su considerando 2º: “Que los preceptos que regulan en el Código la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles, responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, y así lo pone de relieve el artículo 358 al establecer, mas como regla de derecho imperativa, que como presunción que lo edificado pertenece al dueño del suelo...”. Sin embargo, en nuestra doctrina tal cuestión parece desde un sector doctrinal resuelta, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA considera al principio *superficies solo cedit* como principio imperativo, sólo en su concreto ámbito de aplicación, pero no lo encumbra a la categoría de principio absoluto e inderogable con carácter general, jamás lo ha sido, ni siquiera en Derecho romano, al menos en la época justiniana. Ahí están hoy, como hemos podido comprobar: el derecho de superficie, el de vuelo, la propiedad por casas, entre otros posibles casos de disociación dominical.

La norma de los artículos 358 y s.s. C.c., están pensadas para proteger al *dominus soli* perturbado en su derecho de propiedad, no para el supuesto aquí contemplado y tienen, como fin, resolver el conflicto de intereses planteado entre ese

¹²⁶GOMÁ LANZÓN, I., “Engalabernos y medianería horizontal”, en *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2014, nº 56.

dominus soli, que hace suya la obra, hecha o no por él, con materiales propios o ajenos, con base en el principio de accesión, y el autor de la obra o dueño de los materiales con que se ha realizado ésta, que asumirá la carga de probar su autoría o propiedad de los materiales y que tendrá, en su caso, derecho a una compensación económica. *Superficies solo cedit*, de un lado, y derecho de superficie, sobre o subedificación y propiedad horizontal, de otro, son dos realidades distintas, excluyentes entre sí y con distinto campo de aplicación. Como bien dice GARRIDO DE PALMA, el acuerdo de voluntades (o, como mínimo, la voluntad del *dominus soli*), como convenio modulador de la accesión “más que verdadera solución, es un simple mecanismo de la solución verdadera”¹²⁷.

3. Y en tercer lugar, está la cuestión del objeto, la posibilidad de que el volumen subterráneo pueda tener una independencia física y goce separado como modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz, y ello pasa, necesariamente, porque esa unidad subterránea esté perfectamente determinada, pues así lo exige el principio de especialidad y determinación. Y una de las características del tal principio es el sistema de folio real y plena identificación de la finca.

De ahí que la Dirección General, tomando como punto de partida la distinción de finca material y finca registral¹²⁸, afirme la posibilidad de constituir la unidad subterránea como una sola finca, pues, aunque no haya una pluralidad de fincas materiales o físicas, sí existe pluralidad de fincas inmateriales o registrales, desde la apertura de folio propio al subsuelo patrimonial¹²⁹. Ahora bien, en el folio abierto al subsuelo constará: 1) la configuración como bien patrimonial del subsuelo, 2) cuál es la finca matriz de procedencia y 3) las reglas del complejo inmobiliario articulado. Supone, por tanto, la existencia de un sistema de triple folio, uno para el complejo total (finca matriz), otros para cada finca o edificio del mismo y, por último, los folios que se abren a los elementos independientes de la propiedad horizontal en que eventualmente puedan dividirse cada uno de los edificios del complejo.

Finalmente, debemos destacar que las posibilidades prácticas de esta figura son extraordinarias, dada la flexibilidad que la técnica del triple folio permite para su aplicación a las diversas situaciones que pueden plantearse en la sociedad moderna actual. Así, téngase en cuenta que el complejo puede integrar un aparcamiento privado¹³⁰

¹²⁷GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 188, con cita de MONET.

¹²⁸Así la finca en sentido registral se determina por la posibilidad de ser considerada de forma autónoma e independiente. Técnicamente es finca, todo lo que abra folio registral. La finca registral es por tanto “una entidad objetiva registral, determinada por un número propio y un folio particular”. Pueden existir superficies deslindadas en la realidad física, y cerradas en todo su perímetro, pero que en el Registro se hallan inscritas como dos o más fincas mientras no se verifique su agrupación. Y al contrario, existen fincas registrales que en la realidad física constituyen varias parcelas, separadas por caminos, carreteras, vías férreas o por accidentes naturales, e incluso discontinuas y alejadas unas de otras, pero unificadas por un destino común. LUQUE JIMÉNEZ, op. cit., pág. 709, con cita de LA RICA Y ARENAL.

¹²⁹GARCÍA GARCÍA et al. «Concepto de conjunto inmobiliario»... cit., pág. 4 y ss.

¹³⁰CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 313 y ss., reconoce que una vez admitida la posibilidad de constituir

bajo una unidad pública, y en sus estatutos serán elemento común los forjados del aparcamiento, y su mantenimiento, conservación y utilización conjunta, justificarán la articulación de tal figura. Más, esa unidad subterránea podría albergar terrenos pertenecientes a distintas administraciones, también terrenos privados¹³¹, o podrían existir edificaciones sobre dichos terrenos (siempre que la unidad subterránea no forme con ellas una unidad inescindible) y con la nueva Ley del Suelo en la mano, no parece haber problema alguno para constituir el complejo inmobiliario en el supuesto objeto de estudio, esto es, construcción subterránea de garaje en virtud de derecho de subedificación¹³². Así lo contempla el RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el

un derecho de subedificación directamente bajo un solar público, se suscita una duda, no resuelta por la DGRN, relativa a que si el derecho de subedificación se constituye sobre el subsuelo previamente desafectado y no sobre el solar, el cual mantiene su carácter demanial, o si lo que se desafecta realmente no es el subsuelo sino una de las facultades que integran el derecho de propiedad en que se fundamenta la demanialidad del solar. Incliniéndose por la segunda opción. Tampoco especifica la DGRN si es necesario que el propietario del subsuelo desafectado, esto es, la Administración de que se trate, ceda el derecho de subedificar un volumen determinado, reservándose el derecho de subedificar por debajo, a fin de que se pueda originar una pluralidad de titulares en relación a las plantas del edificio construido en el subsuelo.

¹³¹El notario GOMÁ LANZÓN, op. cit., en su artículo cuenta un caso real que se le planteó en su notaría: “estando yo destinado en Gerona, una importante empresa promotora catalana (concretamente Inmobiliaria Colonial, que me ha permitido usar su nombre), me plantea una interesante cuestión. Iban a promover un conjunto de edificaciones en un solar (que compartían con una empresa italiana), y bajo el solar se iba a construir una planta de garajes. El problema se encontraba en que había que ceder, por las previsiones urbanísticas vigentes una importante superficie del solar al Ayuntamiento, y esta superficie se encontraba encima del parking, que pretendía seguir siendo de titularidad privada. Animado por el cambio de criterio de la Dirección les sugerí el camino de la medianería horizontal (en la que les dije que firmemente creía) y con una confianza que todavía les agradezco, el Ayuntamiento y la empresa promotora firmaron un convenio urbanístico en unos términos muy similares a los indicados al principio, estableciendo la medianería o comunidad en el forjado, distribuyendo gastos responsabilidades y titularidades de la medianería, estableciendo en definitiva dos titularidades superpuestas. La constitución de la medianería horizontal, la segregación de la superficie cedible, la cesión, y las demás operaciones hipotecarias y urbanísticas se realizaron con éxito y se inscribieron sin ningún problema, con la plena colaboración del registrador de la propiedad, Carlos Pérez Marsá. . . , la Dirección General ha vuelto a pronunciarse sobre la materia, en un supuesto muy parecido al que acabo de mencionar, en la resolución de 24 de febrero de 2007”. Para este notario la figura de la “medianería horizontal” como el complejo inmobiliario más sencillo, sería la solución a los supuestos de superposición de propiedades privadas (engalabernos, casas a caballo o casas empotradas).

¹³²CORVO LÓPEZ, op. cit., pág. 338, prevé dos opciones tras reconocer que las plantas de garaje puede ser ejecutadas en virtud de un derecho de subedificación y la necesidad de constituir un régimen de propiedad horizontal, con la imposibilidad de que el suelo, como bien público, forme parte de la comunidad: 1) por un lado, evita la constitución de tal comunidad, dado que la misma no es necesaria para la explotación de los garajes, dándoles entrada través de otra finca colindante, de propiedad privada, mediante el establecimiento de una servidumbre de paso; 2) integrar las plantas de garaje en un conjunto inmobiliario privado en el que existen elementos comunes, entre los que no estará el suelo demanial. Y concluye, no habría problema alguno para constituir un complejo inmobiliario que simplemente requerirá: 1 la admisión de la constitución de un derecho de subedificación bajo un solar público, que una vez ejercitado existirá una pluralidad de titularidades y las distintas fincas se integrarán en el complejo inmobiliario aunque una de ellas tenga carácter demanial; y 2) La desafectación de una de las facultades básicas del derecho de propiedad en que se fundamenta la demanialidad del solar: la de subedificar. Dicha desafectación se hace constar en el Registro en el folio abierto al bien demanial para posibilitar, en

texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, concretamente el artículo 26.4 párrafo segundo¹³³.

7.2.3. Recapitulación

Con el fin de poder seguir avanzando en el análisis del alcance práctico y de los efectos de la entrada en juego del principio de accesión en su vertiente inmobiliaria, es necesario en este punto concretar las ideas esbozadas respecto a la realidad, vigencia efectiva, y fuerza del principio *superficies solo cedit*. En tal sentido, podemos afirmar que:

1. Del análisis realizado se puede deducir que no todas las relaciones jurídico-reales entre el suelo y el vuelo o el subsuelo están regidas por el principio *superficies solo cedit*.

Sólo una nueva y adecuada visión de la materia, desconectada totalmente de la “obsoleta” idea de “aplicación universal del hecho adquisitivo por accesión”¹³⁴, entendida como la necesidad de que siempre que se produce una incorporación de materiales en el *solum* (en la forma prevista en el artículo 334 C.c. en sus tres primeros apartados), tiene necesariamente aplicación la regla *superficies solo cedit*, permite sostener que no todo lo edificado en terreno ajeno pertenece al propietario de éste, o lo que es lo mismo, que el principio romano no actúa en todos los supuestos de incorporación como efecto inmediato de la unión de cosas con independencia del título que pudiera ostentar el constructor, del motivo por el que realiza la construcción o de la relación jurídica existente y que vincula al propietario del suelo con el constructor. Lo afirmado nos permite sostener que existen instituciones que se articulan con carácter diferente¹³⁵, al margen del principio consagrado en el artículo 358 C.c., y que permiten escindir a todos los efectos¹³⁶, como se ha podido comprobar, la propiedad del vuelo, suelo y subsuelo, sin inquietar en su titularidad al *dominus soli*. Ello se logra a través

primer término, la inscripción del derecho de subedificación pues, como es sabido los bienes públicos no pueden ser gravados.

¹³³El artículo 26.4 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana permite que el complejo inmobiliario pueda constituirse sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, siempre que sean colindantes entre sí o únicamente se hallen separadas por suelos que, de acuerdo con la ordenación territorial y urbanística, deban tener la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización, o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.

¹³⁴CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 201.

¹³⁵PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, op. cit., pág. 71.

¹³⁶ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 365, destaca como en nuestro Ordenamiento jurídico privado común español es posible encontrar vías para articular, mediante relaciones jurídico-reales, todos los supuestos imaginables de construcción en finca ajena reteniendo la propiedad separada de lo construido, al tiempo que el propietario de la finca no se ve inquietado en su titularidad.

de figuras tales como el derecho de superficie, de sobreedificación o subedificación, la propiedad horizontal o a través de alguno de sus supuestos combinados o derivados de su necesaria evolución, a través de la llamada “propiedad superficiaria horizontal”, o a través de la concesión de un derecho de superficie sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal, o de un derecho de sobrevuelo sobre tal régimen, vía de reserva o por su transmisión a un tercero, o incluso, de un derecho de “sobreelevación superficiario” sobre edificio construido en virtud de un derecho de superficie, o a través de la constitución de un complejo inmobiliario (artículo 24 LPH), entre otras figuras o combinaciones posibles. Supuestos meramente enunciados o esbozados, no estudiados en profundidad, pero reveladores de este nuevo y particular enfoque doctrinal y legislativo de la propiedad inmobiliaria en su esfera jurídico real.

2. Consecuencia de lo anterior es que la rigidez, indebidamente impuesta, al principio *superficies solo cedit* contemplado en nuestro Código civil, no es tan intensa como desde el sector crítico a tal principio se nos ha intentado vender. Recordemos que, ni tan siquiera lo fue en Roma; su mentalidad práctica, conectada íntimamente con la realidad social del momento, les hacía estudiar y solucionar el problema específico que acuciaba al ciudadano¹³⁷, y he aquí donde nace el principio *superficies solo cedit*, como solución a un conflicto concreto y determinado.
3. El lugar sistemático de las “falsas excepciones” o instituciones no aplicadoras del principio *superficies solo cedit*, no debe ser el de la accesión. A distintos supuestos y a distintos intereses en juego, distinto lugar debe corresponder a la normativa que los recoja y discipline; “a su lado pero aparte”¹³⁸.

Como afirma GARRIDO DE PALMA, los artículos 358 y ss. C.c. más que prohibir, desconocen la existencia del derecho de superficie o de la propiedad horizontal y están pensados para dar solución a un conflicto de intereses que se plantea ante la invasión del suelo ajeno sin acuerdo entre los interesados. Luego, a *sensu contrario*, cabe evitar su aplicación, o al menos su no aplicación total y absoluta, por convenio de los interesados, si el acuerdo se canaliza a través de los medios que la Ley admite o regula, e incluso, faltando el acuerdo o convenio previo cabría la posibilidad a *posteriori* de “modalizar” convencionalmente¹³⁹ las con-

¹³⁷GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 145.

¹³⁸GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 190.

¹³⁹LÓPEZ VILAS, op. cit., pág. 1008 y 1009, considera que la regla del artículo 358 C.c. no tiene carácter imperativo (STS 14 de marzo de 1983). Todo ello, sin olvidar que la Jurisprudencia creadora de la *accesión invertida*, evoluciona modulando y matizando el sentido y alcance del principio “*superficies solo cedit*”, que opera automáticamente cuando no se den las excepciones que la ley permite o no concurren las circunstancias y requisitos que justifican la aplicación de aquella doctrina excepcional, entendida como freno a una aplicación absoluta y rigorista del artículo 358. Para GARRIDO DE PALMA, op. cit., pág. 171 y 172, contrasta el silencio del artículo 358 con la expresa remisión al pacto en contrario del artículo 934 del Codice vigente (también con el artículo 542-2 C.c.c.). Olvida que la puntualización o concreción de la norma italiana es imprescindible habida cuenta del sistema de *numerus clausus*, de

secuencias y efectos de la accesión¹⁴⁰, porque el principio *superficies solo cedit*, y los preceptos que lo consagran no son normas de *ius cogens*, y siempre habrá posibilidad de transacción.

4. El ámbito de validez de la regla *superficies solo cedit* es muy reducido. El artículo 358¹⁴¹ C.c. reza: “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”. Dice, “artículos siguientes”, por lo que su alcance se circunscribe única y exclusivamente a los supuestos de hecho que se recogen en los artículos 360 a 365 C.c. Más, el primero de esos artículos “siguientes”, el artículo 359 C.c., totalmente obviado o, malinterpretado por la doctrina crítica, tiene como función la de restringir el alcance del principio de accesión; y para ello presume, conforme al artículo 350 C.c., que el *dominus soli* es autor de la obra y que la misma se ha realizado por él y a su costa. Y los artículos “siguientes”, 360 a 365 C.c., requerirán como supuesto de hecho, que tales presunciones hayan sido desvirtuadas. Sólo cuando se acredite que la obra no ha sido hecha por el *dominus soli* con materiales propios y a su costa, es cuando entra en juego el *superficies solo cedit*, para resolver un conflicto de intereses planteado entre dos sujetos sin vinculación previa: el *dominus soli*, que hace suya la obra ejecutada o no por él, con materiales propios o ajenos y, el autor de la obra o el dueño de los materiales con que se ha realizado¹⁴².
5. Ahora bien, tanto el derecho de superficie, el de sobreelevación, la propiedad horizontal, o el supuesto analizado de “agrupación de autopromotores”, entre otros, han de ser establecidos de consuno, con nitidez y cumplimiento de sus requisitos legales, para así quedar excluido el principio *superficies solo cedit*, que se aplicará automáticamente siempre que no haya estipulación en contra canalizada a través de las figuras que la Ley regula o de una “modalización” convencional de aquella.

típica en Italia en materia de situaciones jurídico-reales. PARADISO, op. cit., págs. 22 y ss.

¹⁴⁰ALBALDEJO GARCÍA, op. cit., págs. 294 y 295, considera que incluso para el caso de construcción de mala fe, opina que el constructor no verá necesariamente derruida su edificación con el perjuicio económico que ello supone, porque el principio *superficies solo cedit*, y los preceptos que lo consagran no son de *ius cogens*, y siempre habrá posibilidad de transacción si el constructor pierde más con la demolición que con alcanzar un acuerdo, y acceder a las peticiones del *dominus soli* invadido, siempre que no constituyan un abuso de derecho.

¹⁴¹Decía la STS de 2 de enero de 1928, “Con relación a los bienes inmuebles conforme al artículo 358 C.c. . . el derecho que concede el artículo 353 se regula por los distintos artículos comprendidos en la Sección 2ª del Cap. II, del L. II del Código civil”.

¹⁴²CARRASCO PERERA, op. cit., pág. 396 y 397, explica que el principio *superficies solo cedit* no es una presunción más de la que quepa prueba en contrario, ni es tampoco la consecuencia inmediata de las presunciones del artículo 359 C.c., en el sentido de que lo edificado cede al suelo porque se presume que fue realizado por el propietario de éste ya su costa. . . Si no se destruyen las presunciones del artículo 359, el Código civil no obtiene sino la siguiente consecuencia: que nadie puede deducir derechos de reembolso por razón de la obra. . . Para que el artículo 358 entre

6. Es cierto que, otros Ordenamientos proponen soluciones más sencillas a las que nos brinda el Ordenamiento jurídico español y común. Así, en el Derecho francés o en el italiano, cuya permisión legal del Código del 42, fue el germen de la doctrina crítica del instituto de la accesión, hoy hacen posible a través de la sola figura del Derecho de Superficie, la disociación de la propiedad inmobiliaria. En efecto, el derecho de superficie puede constituirse válidamente sobre o bajo cualquier finca con independencia de que esté o no construida, y de que la propiedad que otorgue sea temporal o perpetua. En ellos, no es necesario crear ninguna otra figura, pues basta y sobra con el derecho de superficie para atender todas las necesidades jurídico reales¹⁴³.

Algo parecido a lo que dentro de nuestras fronteras hace el Fuero Nuevo de Navarra que distingue entre derecho de superficie, que permite la disociación de la titularidad del vuelo o del subsuelo de una finca sin construir, y el derecho de sobredificación o subedificación que se constituyen únicamente sobre fincas construidas. Pero ambas figuras pueden ser constituidas válidamente tanto con carácter temporal, como perpetuo.

7. En definitiva, más que principio general de un lado y excepciones de otro, estamos ante dos realidades distintas, excluyentes la una de la otra: la *conflictiva*, que la accesión regula y resuelve considerando el *solum* lo principal, y la *pacífica*, que nos permite la convencional desconexión suelo-vuelo-subsuelo, a través del recurso al espléndido campo de la autonomía de la voluntad, en constante evolución y que, aun resultando conveniente una mejor regulación normativa, hoy da respuesta satisfactoria a los intereses privados.

De ahí que no nos parezca nada descabellada la teoría de GARRIDO DE PALMA que distingue entre el “principio de accesión” como mecanismo de defensa del propietario del suelo frente a una invasión de materiales de persona extraña, y el por él bautizado “principio de superficie”, que canaliza los intereses de quienes de común acuerdo no quieren la accesión, sino que aspiran lícitamente a la obtención del suelo y del vuelo, o del subsuelo todo lo que económica y socialmente sean susceptibles de dar en el plano de las relaciones jurídico-reales.

8. *¿superficies solo cedit?* Sí, pero sólo en su ámbito natural de aplicación y cuando concurren unos concretos y determinados presupuestos: 1.- Unión inseparable de cosas que pertenecen a propietarios diferentes. 2.- Falta de acuerdo previo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas. 3.- Carácter de las cosas unidas, esto es, una de las cosas unidas resulta accesoria respecto de la otra que se reputa principal (el suelo). De modo que, si faltara alguno de estos elementos o presupuestos constitutivos, no habría accesión, al igual que, tampoco la habría si a los mismos se añadiera cualquier otro elemento

¹⁴³El único problema que pudiera plantearse es el de, si tras el ejercicio del derecho de superficie, habría que entender en caso de que se constituyera sobre finca edificada, una Propiedad Horizontal; para lo cual habría que atender a lo que las partes hayan pactado con respecto a la existencia de partes comunes o no. ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario...» cit., pág. 366.

con efectos fundamentales o constitutivos, encontrándonos ante esa otra figura definida por esos elementos añadidos, sin perjuicio, como tendremos ocasión de comprobar, de su aplicación con carácter supletorio.

Conclusiones

PRIMERA. En el ámbito de la accesión como modo de adquirir la propiedad originario *secundum quid*, nos hemos centrado en el estudio de un principio romano, el principio *superficies solo cedit*, que da respuesta en el campo inmobiliario, a un concreto y determinado conflicto de intereses: si dos cosas, pertenecientes a distintos propietarios, se unen por incorporación de un modo inseparable, y forman un todo, sin que sea posible su separación, cuál de los dos titulares primitivos adquirirá la cosa incorporada o el todo resultante.

La solución más justa, dado que la separación se plantea imposible, o aun siendo posible, resulta inviable por antieconómica, es que el dueño de la cosa principal adquiera la cosa accesoria (*accessorium sequitur principale*). Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de unión de cosas muebles donde el Código civil (artículos 376 y 377) para determinar la relación de principalidad-accesoriedad atiende de modo jerárquico a su autonomía, en su defecto, a su valor, y a igualdad de valor, al mayor volumen. Para el caso de unión de cosa mueble a inmueble, la determinación de la cosa principal se realiza *ex lege* (artículo 358 C.c.) y es lo edificado (también lo plantado o sembrado) lo accesorio, y el suelo lo principal.

Resulta indiferente, para su efecto atributivo de la propiedad, si los dueños de la cosa principal y accesoria actúan de buena o mala fe, o si conocen la ajenidad de los materiales incorporados o del fundo al que se incorporan. El legislador ha optado por la defensa del propietario inquietado, y por ello, el estado gnoseológico de las partes en conflicto simplemente podrá dar lugar a un efecto compensatorio, o en su caso, indemnizatorio. El incorporante, a lo sumo, y en caso de haber obrado de buena fe, podrá tener derecho a un resarcimiento económico desplazando la cuestión a un terreno puramente obligacional, porque a efectos jurídico-reales, para la solución del conflicto y para la atribución de la propiedad es y ha sido suficiente, sin variación del criterio a lo largo del devenir histórico desde el Derecho romano, con el principio “*superficies solo cedit*”.

SEGUNDA. Pese a la aparente sencillez de la regla de resolución del conflicto de intereses planteado, se ha observado que, desde la década de los años treinta del siglo XX (primero en Italia, con BERLINI, GORLA, BONFANTE, luego en Francia donde destaca LEVIE, y más recientemente en España con DÍEZ PICAZO y GARRIDO DE PALMA), el principio *superficies solo cedit* viene atravesando una profunda crisis. Por un lado, se le ha malinterpretado al identificarlo con la plenitud absorbente del dominio

del suelo; por otro, se le ha elevado a la categoría de principio de aplicación general y absoluto (como principio de orden público), para después, con base en una pretendida fundamentación económica basada en el mayor valor de la edificación, en la mayor importancia del trabajo a modo germánico y de la riqueza creada frente a la propiedad inmóvil del suelo, hacerlo sucumbir en sus cimientos, provocando su aniquilamiento e inversión en algunos ordenamientos de corte romanista como el Código civil portugués de 1966 (artículos 1333, 1340 y 1343), o dentro de nuestras fronteras, el Código civil catalán (artículos 542-7 y 542-9). Todo ello sin olvidarnos de la doctrina jurisprudencial de la “accesión invertida” creada para colmar una más que discutible laguna legal.

No obstante lo anterior, para un correcto entendimiento del principio romano objeto del presente trabajo y una vez identificados los problemas que lo asedian, debemos sentar lo siguiente:

1. El principio *superficies solo cedit* no tiene una fundamentación meramente económica como le es atribuida desde un sector doctrinal mayoritario y muy cualificado, que tilda al principio romano de desfasado y anacrónico. Fundamentación que no se sostiene por los motivos siguientes:

Primero, porque esa realidad social y económica esgrimida como “ratio” para criticar e invertir el principio *superficies solo cedit*, curiosamente, hoy pone en tela de juicio el pretendido mayor valor de las edificaciones respecto al valor del suelo, ya que en los últimos años de máximo desarrollo inmobiliario (con su consiguiente profunda crisis económica), ha quedado demostrado que el que más gana en el mercado de la edificación ha sido el *dominus soli*, precisamente, por la escasez de suelo urbano vacante en contraste con la gran demanda y porque el valor de los terrenos urbanos puede alcanzar una cantidad muy superior a la presupuestada para la edificación (incluido proyecto, licencias, tasas, etc. . .), llegando a representar más del 50% del valor total de la finca como queda constatado en los trabajos preparatorios del Código civil catalán y en el VIII Congreso Notarial Español sobre “Suelo y Vivienda en el siglo XXI”.

Segundo, porque el criterio del valor es un criterio relativo y variable que dotaría de inseguridad al sistema, dado que se encuentra supeditado a la contingencia del mercado inmobiliario, a esa ley fundamental, cual es la de la oferta y la demanda, y al principio de libre competencia.

Y *tercero*, porque si se invirtiera con carácter general, y por motivos económicos el principio *superficies solo cedit*, se estaría abriendo una peligrosa vía para que el constructor se quede con aquel suelo ajeno que no se le ha querido vender, en lugar de otorgar la debida protección a quien sufre (aún en los casos de invasión con buena fe) una intromisión indebida en su terreno, en su esfera dominical. Realidad, que se ha puesto de manifiesto en los últimos años con la experiencia negativa que ha traído consigo la vigencia de la doctrina jurisprudencial de la *accesión invertida*, que ha propiciado una actitud abusiva de los constructores (sabedores del juego a su favor de la presunción de buena fe y de la carga de la

prueba de lo contrario sobre el *dominus soli*) que les ha llevado a construir con extralimitación o invasión total de terrenos ajenos con total impunidad, y la seguridad de que los tribunales no adoptarían, por las razones económicas apuntadas de protección de la riqueza creada y de conservación de una obra socialmente útil, la solución más drástica de destruir lo edificado. Experiencia negativa que, sin embargo hoy, como se acredita con el estudio jurisprudencial acometido sobre la aplicación práctica de la doctrina de la accesión invertida, ha propiciado un cierto regreso a los esquemas tradicionales, al respeto por lo ajeno y a la aplicación más rígida del principio y reglas contenidas en los artículos 358 C.c. y ss. Actualmente, el Tribunal Supremo es consciente de la excepcionalidad de tal doctrina, de la necesidad de su interpretación restrictiva y la aplica únicamente para el caso de que concurran taxativamente todos sus presupuestos.

En definitiva, la fundamentación socioeconómica se suma, a modo de concausa en general o para supuestos concretos, al principio *superficies solo cedit*, pero no da razón suficiente del mismo. Ahora bien, siendo indiscutible que el principio “superficies solo cedit” es concreción o especialización del más amplio y general “accessorium sequitur principale”, tanto una como otra regla tendrán un fundamento lógico o meta-jurídico. Más, al tratarse de cosas reales, como lo son el suelo y las construcciones, ese fundamento se explica por la propia naturaleza de las cosas, porque cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente, es porque una se une o incorpora a la otra y es la incorporada la que no puede subsistir independientemente. No se puede construir en el aire, del mismo modo que ni las plantas, ni las semillas pueden brotar con sólo el trabajo del hombre. Estamos, en definitiva, ante el criterio de la existencia de POTHIER: la cosa que puede tener existencia independiente, es la más fuerte, es la cosa principal que ejerce hacia la otra una fuerza atractiva (*vi ac potestate rei nostrae*) que la hace dependiente de ella y provoca su adquisición *iure accessionis*, no *iure proprio*.

2. No se puede dar una función regulativa al término polisémico accesión. Es lo que se conoce como “aplicación universal del hecho adquisitivo por accesión”. No siempre que se produce una incorporación de materiales al suelo en la forma prevista en los tres primeros apartados del artículo 334 C.c. tendrá aplicación la regla “*superficies solo cedit*” como efecto inmediato. El artículo 334 C.c., tiene un ámbito de validez mucho más amplio que el de la regla *superficies solo cedit* y habrá determinados casos en que la accesión no será el título por el que lo construido quede en beneficio del suelo, y ocasiones en las que la incorporación de bienes muebles al suelo no determinará mutación dominical alguna.

El *quid* de la cuestión está en que nuestro Código civil desdobra en dos preceptos distintos, presupuesto o condición de posibilidad del principio *superficies solo cedit*, y consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas como el alemán o el anglosajón, donde una vez decidido que lo unido orgánicamente al suelo es “parte integrante o esencial”, o pertenece a la “*real property*”, no hay escisión entre la teoría de la inmovilización y los efectos adquisitivos. El artículo 334 se limita a afirmar que determinados bienes muebles han devenido

inmuebles por incorporación, pero de ello no deriva consecuencia jurídica alguna. Laguna que se integra con el artículo 358 C.c. Es más, nuestro sistema tampoco acepta que, por voluntad de las partes en conflicto (*dominus soli* y *dominus materiae*), una edificación deje de ser inmueble por incorporación, pero sí puede entrar en juego la autonomía de la voluntad de los sujetos implicados en un segundo momento, pudiéndose modular e incluso rechazar los efectos del principio *superficies solo cedit*.

3. El principio *superficies solo cedit* ha sido malinterpretado, desubicado y confundido con la idea absorbente del dominio. No se recoge en el artículo 350 C.c. ni en sus correlativos, los artículos 552 del Code y 447 del Código italiano de 1865. Tampoco, en el juego de presunciones contenidas en el artículo 359 C.c., ni en los artículos 553 del Code y 448 del Codice de 1865, como el sector crítico nacional y extranjero pretende y defiende. Estas normas, aunque ubicadas en sede de accesión donde desempeñan un importantísimo papel, son en realidad, expresión de otro principio latino, no romano, sino medieval (ya superado), formulado en el siglo XIV por CINO DE PISTOYA y su discípulo Bartolo de Saxoferrato, según el cual, la propiedad de la tierra se extiende a los cielos y hasta el infierno. Expresivo de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo en el espacio vertical (*dessus* y *dessous* para los franceses y *desopra* y *desotto* para los italianos) y de la plenitud de facultades jurídicas que el ordenamiento reconoce al *dominus soli* ejercitadas *iure proprietatis* con carácter excluyente y prohibitivo, no *iure accessionis*.

Esa decisiva función, en sede de accesión, es presumir *iuris tantum* que las obras y edificaciones realizadas sobre un determinado suelo han sido hechas por su propietario y a su costa. De modo que sólo cuando tal premisa no se dé y quede acreditado lo contrario, entrará en juego de modo automático el principio *superficies solo cedit* consagrado, exclusivamente, en el artículo 358 C.c. Lo hará, además, con toda su fuerza, como excepcional regla de solución a un concreto conflicto de intereses generado entre el *dominus soli* que hace suya la obra, hecha o no por él, con materiales propios o ajenos, y el autor de la obra o dueño de los materiales con que se ha realizado ésta.

TERCERA. El ámbito de aplicación del principio *superficies solo cedit*, es por tanto, muy concreto y reducido. El artículo 358 C.c. limita su alcance única y exclusivamente a los supuestos previstos en los artículos 360 a 365 C.c., los cuales retoman el supuesto de hecho básico recogido en aquél que resuelve el problema jurídico-real adquisitivo, y lo completan en atención a la buena o mala fe de los sujetos implicados y a la titularidad de los materiales empleados.

No olvidemos que la perspectiva adquisitiva es sólo una de las dos caras de la moneda de la accesión (a diferencia de lo que ocurre en los otros modos de adquirir, dejando a salvo la prescripción adquisitiva). También lleva aparejado un efecto expropiatorio, la extinción de la propiedad sobre la cosa accesoria y, por tanto, un empobrecimiento de su propietario, lo que provoca la necesaria determinación de sus consecuencias

jurídico-obligacionales previstas en los artículos 360 y ss. C.c., donde en primer plano luce con claridad la regla de la restitución del enriquecimiento injusto, con la importante característica de que, en sede de accesión, la buena fe no exime de la restitución del valor de lo accesorio.

CUARTA. El principio romano precisa, por tanto, de dos presupuestos para su entrada en juego, dado que la determinación de la principalidad del suelo viene determinada *ex lege*: 1.- unión inseparable de cosas pertenecientes a propietarios diferentes; y 2.- falta de acuerdo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas.

1. Unión, que implica necesariamente:

- (a) La formación entre cosa incorporada y suelo de un “todo” que opere en el tráfico como una nueva unidad funcional y económica.
- (b) Vocación de permanencia en el tiempo, lo que excluye las simples instalaciones temporales de material desmontable y las cosas vinculadas al inmueble por destino, dado que tal inmovilización es una pura ficción de constituir económicamente un todo con el inmueble a que se destinan, conservando su individualidad material o autonomía física y su virtualidad de ser objeto de ciertos actos, negocios y derechos independientes o aislados del inmueble a cuyo servicio están.
- (c) Alteridad entre quien edifica y quien sea dueño del suelo sobre el que se construye (artículos 361 y ss. C.c.), o de los materiales con que edifica (artículo 360 C.c.), porque si la cosa incorporada no tiene dueño, habría adquisición de la propiedad por ocupación, y si fuera propiedad del *dominus soli* no habría conflicto, ni accesión, sino simple ejercicio de facultades dominicales.
- (d) Si la separación no es imposible no habrá accesión, como así ocurre en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 360 C.c. En nuestro Ordenamiento, cuando la unión es separable se concede al dueño de los materiales sólo el derecho a retirar los mismos y al *dominus soli* la sola facultad de exigir la separación. No altera tal conclusión el hecho de que el *dominus materiae* no ejercite su *ius tollendi* abandonando los materiales. En tal caso, si producida la unión el dueño del suelo optase por hacer suyos los materiales, no será por accesión sino por ocupación, ya que los materiales se habrían convertido en *res nullius*.

2. Falta de acuerdo o ausencia de relación jurídica previa entre los propietarios de las cosas unidas, pues si la unión ha sido hecha por voluntad común de las partes, la adquisición que pueda resultar operará por tradición, no por accesión, o en todo caso, se regirá por otras normas especiales.

QUINTA. Relacionado con esto último, y respecto al ámbito subjetivo del principio romano, se ha comprobado como el Código civil ya no cualifica la naturaleza del tercero que edifica en terreno ajeno y se aparta con acierto (como afirma GARCÍA GOYENA), de distinciones como ser o no poseedor el edificante, ser rico o pobre el *dominus soli* (heredadas del magisterio del Code o propias de nuestra tradición jurídica) que no cambian la justicia de fondo y se limita a utilizar la forma gramatical impersonal “el que edificar”. Por tanto, hace referencia únicamente a la posesión, cuando se remite a los artículos 453 y 454 C.c., al sólo efecto de regular el alcance y extensión de la indemnización debida al edificante de buena fe, sin que ello implique limitación subjetiva de aquél, exclusivamente, al poseedor civil vencido por la reivindicación, o por una acción de petición de herencia, del verdadero dueño del solar con el que jamás ha mantenido una relación jurídica contractual válida.

Será constructor en suelo ajeno aquél que realiza la construcción *nomine proprio* aunque no la lleve a cabo materialmente, pero sí tome la decisión y realice los gastos e inversiones necesarias. Se entenderá entonces, desde un plano conceptual, que las reglas del Código civil sobre accesión no son de aplicación cuando medien entre los sujetos implicados vínculos, relaciones jurídicas o negocios en los que intervenga la voluntad de las partes, esto es, cuando el edificante sea usufructuario, censalista, arrendatario, aparcerero, superficiario, acreedor anticresista, heredero fiduciario, o este mos ante la existencia de un contrato de cambio de solar por edificación futura, o de un contrato de obra, tampoco se aplicarán al subcontratista del artículo 1597 C.c., sencillamente porque *lex specialis derogat legi generali*. En tales supuestos la construcción en suelo ajeno tendrá su propio régimen legal especial (cfr. artículos 487 y 488, 1573 del Código civil, 23 de la LAU, 19, 20, 21 de la L.A.R. . .) o convencional, como ocurre en el llamado arriendo *ad aedificandum* donde habiendo pacto de obrar, a él habrá que atender. El propietario, en tales casos, cumple con estar a lo que establezcan las normas específicas, y lo que no debe abonar al arrendatario como mejora, no puede serle exigido como si de un tercero con el que no le liga ninguna relación se tratase.

No obstante lo anterior, el régimen de accesión será régimen general de aplicación subsidiaria cuando persona distinta al *dominus soli* (que no sea arrendataria, superficiaria, usufructuaria, etc.) construya en el suelo de aquél, sea o no estricto poseedor del suelo, y siéndolo, ostente o no título para ello; ya tenga o no conocimiento de tal construcción el *dominus soli*, y teniéndolo, lo sea con independencia de que previamente haya o no mantenido una relación contractual con el edificante, y en caso de relación, que la posibilidad de edificar no haya estado prevista en el contrato o, estando prevista, no se haya acordado compensación tras la restitución del suelo con la obra incorporada al mismo una vez concluido el contrato. Procederá su aplicación analógica (artículo 4.1º C.c.) por su carácter general y porque contiene principios fundamentales de justicia conmutativa y equidad.

Así, se incluye en el supuesto de hecho:

1. El caso del precarista o simple detentador que cuenta con la tolerancia o beneplácito del *dominus soli* por vínculos de amistad o de familiaridad. Supuesto

respecto al cual no hay convenio, ni ley especial aplicable, ni tan siquiera le resulta de aplicación el régimen posesorio de los artículos 453 y ss. por no reunir la cualidad de estricto poseedor.

Se ha podido comprobar con el análisis jurisprudencial acometido, que en la práctica es muy habitual que la edificación se realice en solar o sobre planta preexistente propiedad de los progenitores de uno de los cónyuges para su destino a vivienda familiar, sin constituirse derecho de superficie o de vuelo. Complacencia constructiva, a veces relacionada con las previsiones introducidas en un testamento o en una partición hereditaria, que en su día se concretará con la adquisición por parte del edificante-descendiente a título de heredero, o incluso, anticipada al fallecimiento del causante a través de una donación de la propiedad del inmueble sobre el que se construye, por ejemplo, con cargo a fondos comunes de una sociedad ganancial. Situaciones, en las que las partes, en un momento inicial, no se preocupan de perfilar la concreta relación jurídica que justifica ese acuerdo de voluntades relativo a la ejecución de la edificación y es, *a posteriori*, en el momento de la confrontación, cuando surge la dificultad de concretar los derechos que corresponden a las partes respecto al suelo y a la construcción realizada. A tal fin se recurre a la aplicación de las reglas de la construcción en terreno ajeno porque aun sabiendo el precarista o persona ligada por vínculo de amistad o familiaridad que no es dueño del suelo y que no tiene derecho a construir, su actuación queda compensada con la pasividad o tolerancia del propietario, que conoce la ejecución de la obra y no se opone a ella, entrando así en juego el artículo 364 C.c. con su compensación de culpas y remisión al artículo 361 C.c.

2. Los casos de construcción en suelo ajeno fundada en una promesa de venta o de donación o en una adjudicación pública, pues frente a la expectativa del constructor que es de adquisición, nos encontramos con la obligación de transmisión del promitente, donante o concedente.
3. El caso del condómino constructor. Aun siendo conscientes de que no hay una auténtica invasión de terreno ajeno, ni extralimitación, sino que estamos ante un derecho de propiedad sobre cuotas ideales; entre la construcción prohibida y sin el consentimiento unánime de los condóminos (artículo 397 C.c.), abocada a una justa demolición, y la edificación totalmente consentida a cuyo pacto de voluntades habrá que estar (por ejemplo, concesión de un derecho de superficie a favor del condómino-edificante), hay un limbo carente de regulación legal donde localizamos tres supuestos: 1) el del edificante-condómino que ignora por error excusable que la finca pertenece a una pluralidad de titulares; 2) el del condómino que conoce ese condominio y cuenta con autorización, pero no se han perfilado los límites y el alcance de la misma; y 3) finalmente, el caso de quien edifica sin consentimiento pero con conocimiento por el resto de condóminos de la ejecución de la obra sin que hayan formulado la oportuna oposición (a su vista, ciencia y paciencia). Estamos ante situaciones distintas de aquella que sirve

de base a la regulación legal referida, y con la que pueden concurrir, dado que no hay fundamento para excluir las normas de la accesión.

En definitiva, podrán los condóminos optar por tres soluciones: 1^a) aceptar los términos de la accesión, esto es, adquirirán todos los condueños la edificación e indemnizarán al condómino-edificante por los gastos hechos para la construcción del edificio en proporción a la cuota que tuvieren en la comunidad; 2^a) rechazar las consecuencias de la entrada en juego del principio *superficies solo cedit*, debiendo el condómino-constructor pagar al resto el precio de su cuota indivisa sobre el *solum*. Decisiones que son actos dispositivos y que precisan del acuerdo unánime de los condóminos; y 3^a) optar por una solución típica del condominio: la reordenación o redistribución de cuotas mediante la aplicación analógica de la regla del artículo 395 C.c., por la que los condóminos podrán eximirse de contribuir a los gastos legítimos mediante renuncia a su cuota de comunidad. Esta renuncia puede ser total, con lo que acrecerá la del resto de condóminos, pero también puede ocurrir que los condóminos rechacen los términos de la accesión, no acepten la extensión de su derecho sobre el edificio previa indemnización, pero tampoco quieren deshacerse de su cuota inicial (la que tenían antes de la edificación sobre el *solum*) vendiéndola al condómino-constructor. En tal caso, los condóminos seguirán teniendo sobre la totalidad de la cosa (solar más edificación) la misma cuota que tenían antes, en origen, pero redistribuida.

4. También entrará en juego el principio *superficies solo cedit*, cuando existiendo una concreta relación jurídica especial (arrendamiento, usufructo, enfiteusis o un derecho de superficie), el edificante sea tercero un ajeno a la misma, complicando la solución al conflicto de intereses planteado por la necesidad de conjugar ambos regímenes.

Así, por ejemplo, cuando construye un tercero ajeno a la relación arrendaticia o al usufructo. En tales casos el arrendatario (artículo 1559 C.c.) y el usufructuario (artículo 511 C.c.), como poseedores inmediatos de la finca, tienen el deber de comunicar al *dominus soli* cualquier novedad o hecho dañoso como puede ser la ocupación y realización de la edificación, respondiendo de los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de tal obligación, entre los que no se encontrará la indemnización que deba satisfacer el *dominus soli* al constructor de buena fe al ser este último el enriquecido. Más, de aceptar el *dominus soli* las consecuencias de la accesión, la obra aprovechará al arrendatario y al usufructuario salvo que le impidiera el ejercicio pacífico de su derecho pudiendo interesar su demolición. Y en caso de venta forzosa al edificante, el arrendamiento no será oponible al tercero adquirente salvo pacto en contrario o inscripción registral, lo que no impedirá que el *dominus*-arrendador incurra en incumplimiento contractual y deba responder por ello. Por el contrario, en caso de usufructo, es importante subrayar, que la transmisión de la propiedad no perjudicará al usufructo que seguirá vivo, salvo renuncia del usufructuario normalmente tras ser indemnizado. Por último, en caso de mala fe edificatoria, pero tratándose de una construcción beneficiosa y útil, dudamos de que el *dominus* pueda ejercitar la facultad

de demolición en contra del usufructuario pues se trataría de un acto de disposición prohibido por el artículo 489 C.c.

Sin embargo, defendemos una cierta flexibilización del principio romano para el caso de constitución de un derecho de superficie a favor de tercero distinto del edificante, siempre que la edificación realizada por el tercero sea útil y no perjudicial a las partes de la relación, ni vulnere otros intereses en juego. Lo contrario nos abocaría a consecuencias nefastas, porque de aceptar el *dominus* los efectos adquisitivos de la accesión, el superficiario podría exigir su demolición ante el incumplimiento por aquél de su obligación contractual de entregar el suelo libre de edificaciones para así poder construir en los términos pactados. Y para el caso de optar por la venta forzosa al edificante, tendría éste que soportar un derecho de superficie, o, incluso, quedaría obligado a su demolición a fin de cumplir la obligación de entrega del suelo al superficiario en las condiciones pactadas. Consideramos que el concedente cede al superficiario su *ius aedificandi*, a título de derecho real con efectos *erga omnes* y, por tanto, el superficiario sustituiría al propietario del suelo en relación con la accesión sólo mientras dure el derecho de superficie y frente a terceros. No habría por qué restringir las opciones que ofrece el artículo 361 C.c. respecto al superficiario, que podrá hacer suya la obra indemnizando, o podrá imponer al constructor de buena fe la adquisición no del suelo, pero sí de su derecho de superficie.

SEXTA. Cuestión apenas tratada por la doctrina y de radical importancia es la relativa al significado de la buena o mala fe en sede de accesión. Aunque partimos de la premisa básica de que no es un elemento constitutivo de la accesión, su determinación tendrá gran transcendencia, ya que la concreción del ámbito subjetivo, de los efectos pecuniarios compensatorios o, en su caso, indemnizatorios, así como la circunstancia de tener o no derechos sobre lo construido por parte del tercero ajeno constructor, viene dada por un único criterio: la existencia o no de buena fe.

Con carácter general la buena fe edificatoria significa que el que construye en terreno ajeno con materiales propios o con materiales ajenos, o el que emplea para su obra una materia ajena, ignora por error excusable que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, cree tener sobre ellas un derecho que le permita realizar aquellos actos. Se trata, en definitiva, de la suma de un determinado estado de conocimiento y de un comportamiento que provoca un *error facti*. En tal sentido hemos de significar:

1. No se puede equiparar la buena fe edificatoria a la buena fe posesoria del artículo 433 C.c., tampoco a la de la usucapión ordinaria del artículo 1950 C.c., ecuación seguida por un sector doctrinal mayoritario y por muchas sentencias del Tribunal Supremo, debido a la influencia del artículo 555 francés y a su restricción subjetiva al tercero poseedor vencido por evicción por ignorar los vicios de su título adquisitivo de dominio.

Son muchas las diferencias entre los artículos 433 y 1950 C.c. y la buena o mala fe en sede de accesión: 1^a) aunque es cierto que el hecho posesorio pueda darse

y se da, *stricto sensu*, en muchos supuestos de accesión, la tenencia de un título hábil para la posesión no es requisito imprescindible para la accesión e, incluso, un título inhábil para la usucapión de 1950 C.c., podría significar buena fe en materia de accesión; 2^a) la mala fe del constructor es compensable con la del propietario del *solum* (artículo 364 C.c.), lo que no ocurre en sede posesoria, donde la reacción del *verus dominus* sirve, a lo más, para interrumpir la posesión; 3^a) se diferencian, también, porque en la posesión la buena fe ha de mantenerse a lo largo de todo el proceso posesorio hasta el final, mientras que en sede de accesión, la observancia de la buena o mala fe del constructor no ha de operar hasta el último día en el que la obra esté finalizada, no sólo por la dificultad probatoria que ello entrañaría (salvo en caso de clara oposición por el *dominus soli*, lo que tampoco garantiza la mutación), sino porque lo objetivamente determinante de la accesión es el momento de la unión inseparable o indivisible de la obra al suelo al que se incorpora (cfr. artículo 334.1º C.c.) y no su terminación.

En definitiva, la buena fe en materia de accesión es más amplia que la de los artículos 433 y 1950 C.c., exige un plus. En el primero de los preceptos el error va referido a un vicio que padece el título por el que se posee una cosa. En el segundo, el error se circunscribe a un vicio en particular, se trata de una “adquisición *a non domino*” y aunque hemos comprobado que tales errores concurren en muchos supuestos de accesión, consideramos que la buena o mala fe del constructor exige además cierta honradez en virtud del artículo 7.1 C.c. Exige, concretamente, un error que ha de ser excusable, diligente, fundado y razonable. Una diligencia que se puede medir conforme al artículo 1104 C.c., siendo una cuestión a resolver *super casum*. Así, no habrá prudencia, ni diligencia, si el edificante construye con sospecha razonable sobre los linderos de su finca (sobre todo en supuestos de extralimitación), respecto del título por el que construye en casos de doble inmatriculación, o cuando es sabedor de la discordancia entre realidad, su título, el Catastro y el Registro de la Propiedad; incluso, si hay debate iniciado de carácter privado o un procedimiento judicial incoado. En tales casos la diligencia exigiría adoptar la medida más oportuna antes de construir, como desbloquear la situación de doble inmatriculación, ejercitar una acción de deslinde o una acción declarativa de dominio, etc.

2. En sede de accesión no se puede presumir, sin más, la buena fe del artículo 434 C.c., como presunción legal, lo que no significa que no pueda deducirse la existencia de buena fe del constructor sobre la base de ciertos indicios. Sin embargo, lo que sí se ha de presumir legalmente es que se ha construido en terreno del *dominus soli* por su iniciativa y a su costa (ex artículo 359 C.c.). Presunción que deberá ser destruida por el constructor probando cumplidamente que la obra es de su autoría y gestión.
3. La buena fe del propietario del suelo, entendida como mera ignorancia o desconocimiento de la construcción o, en caso de conocimiento, como oposición diligente y oportuna, aunque es irrelevante a efectos jurídico-reales, su impor-

tancia es decisiva dada su aptitud transformadora del estado gnoseológico del edificante. Esto es, su actuación incidirá decisivamente en la calificación de la buena o mala fe edificatoria y provocará, bien la entrada en juego del artículo 361 C.c., para el caso de buena fe en el constructor (pudiendo ser de buena o mala fe el *dominus soli*), bien de los artículos 362 y 363 C.c., en caso de mala fe sólo del constructor, o, del artículo 364 C.c., con su remisión al primero, si concurre mala fe en ambos sujetos.

La oposición, para que tenga esa virtualidad transformadora del estado gnoseológico del edificante, ha de ser oportuna, temporánea y fundada, aunque no necesariamente victoriosa en los Tribunales. Para ello será suficiente con que la oposición se lleve a cabo de forma inmediata al conocimiento de la invasión, durante el *iter constructivo* y sea razonable, tanto, que al menos genere una duda del mismo carácter que permita sacar de su error excusable al constructor, porque la sola duda exigirá del constructor esa prudencia, esa diligencia que hará excusable su error.

Ahora bien, no toda oposición, aun siendo oportuna, destruirá la buena fe del constructor, que subsistirá siempre y cuando se den especiales circunstancias o indicios que permitan entender fundada su convicción o excusable su error de construir en terreno propio o, por lo menos, justificada su creencia de ostentar un derecho que le permita realizar aquellos actos.

4. Para el caso de edificación en terreno propio, en el problemático caso de que el *dominus soli* se sirva de ese “otro” cuya actividad se le imputa, la mala fe de este último, no tiene necesariamente que repercutir en la de propietario, y sería en tal caso el edificante responsable de los daños por él irrogados. El *dominus soli* es quien finalmente se enriquece sin justa causa con la obra incorporada en su suelo, por lo tanto, deberá ser él quien responda por ese enriquecimiento experimentado, pero cosa distinta es su responsabilidad por los daños provocados por la mala fe de ese “otro”. Consideramos que de existir sobre el propietario una especie de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o una especie de solidaridad o de complicidad en la mala fe, respecto a la actuación del contratista, del obrero o del arquitecto, etc. . . , su responsabilidad indemnizatoria tendrá un fundamento legal diverso al del artículo 360 C.c. (cfr. artículos 1725 y 1726 C.c., o el artículo 1596 C.c.). Ahora bien, sí es claro que la mala fe del propietario excluirá siempre a la de sus subordinados.

SÉPTIMA. Sólo el artículo 361 C.c. ofrece al *dominus soli* una doble opción solutoria del conflicto de intereses planteado. El problema se cierne sobre la letra del artículo 361 C.c., concretamente sobre las expresiones “*tendrá derecho a*” y “*previa la indemnización*” que ha llevado a la totalidad de la doctrina y jurisprudencia a defender una accesión diferida y condicionada al efectivo pago de la edificación, que originará un edificio sin dueño, o una propiedad separada, entretanto el *dominus* se decide y paga.

Opción o derecho potestativo que debe ser entendido en términos totalmente distintos: el *dominus soli* podrá aceptar las consecuencias de la accesión ya operada desde la incorporación de los materiales, indemnizando por la obra ajena; o bien, podrá renunciar a la accesión ganada imponiendo la venta forzosa del todo al edificante, obligándolo al pago del precio terreno y no de la edificación respecto a la que opera una suerte de compensación, pues de lo contrario se produciría un flagrante enriquecimiento injusto.

Los razonamientos que nos han llevado a alcanzar tal conclusión son los siguientes:

1. Razones de coherencia, ya que nadie duda de la automaticidad de la accesión en las hipótesis desarrolladas en los artículos 360, 362 y 363 C.c., ni en los casos de extralimitación que caen bajo la órbita de la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida (como tampoco lo hizo el derogado artículo 1044.2º).
2. La necesaria interpretación sistemática y unitaria de todos los preceptos que disciplinan la accesión inmobiliaria industrial, que pone de manifiesto que los artículos 360 a 361 C.c. se limitan exclusivamente a regular los efectos jurídicos-obligacionales de la accesión, y que todos ellos parten, como única premisa lógica, del artículo 358 C.c. que consagra el principio *superficies solo cedit* y resuelve el problema jurídico-real, atribuyendo la propiedad del todo al propietario del suelo. Es la propia Ley la que funciona como fuente directa de adquisición de la propiedad.
3. La *voluntas legislatoris* con la expresión “tendrá derecho”, nunca fue la de introducir una accesión diferida sin precedentes en nuestra historia, pues nadie pone en duda que el Código civil, fiel a su historia y a su tradición romanista, es contrario a los estados de indivisión en general (*communio est mater discordiarum*) y, en particular, a la disociación no pactada del dominio. Ocurre que el legislador, consciente de que por el mecanismo de la accesión se impone al *dominus soli* una obra que no ha hecho y que quizá no quiera o no pueda pagar, considera justo y proporcional que pueda deshacerse de la misma vendiéndola al constructor que deseaba hacerla para sí.
4. Una vez que se opta por la adquisición, la palabra “previa” no va referida al pago como causa de la adquisición. Resultaría incoherente, con arreglo a los principios tradicionales, entender que no hay adquisición dominical sin previo pago, cuando la adquisición debe derivar necesariamente de la “tradicito” o entrega de lo adquirido. El comprador no adquiere la cosa cuando la ha pagado, sino cuando tras la perfección del contrato le ha sido entregada (artículos 609 y 1095 C.c.), y sólo cuando hay pacto de reserva de dominio, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, será admisible que la adquisición de la propiedad quede subordinada al pago total del precio, pero esta construcción jurisprudencial es ignorada por el Código civil, al ser posterior a su promulgación y, por tanto, no pudo ser tenida en cuenta por los redactores del artículo 361 C.c. En definitiva, la palabra “previa” va referida a la posesión e indica que el *dominus soli*, una vez que acepta los términos de la accesión, no podrá tomar posesión de lo edificado,

en tanto en cuanto no indemnice, y hasta el momento en que sea efectivamente indemnizado, podrá el edificante ejercitar el derecho de retención previsto en el artículo 453 C.c.

5. Precisamente, ese derecho de retención sirve como argumento a favor de la automaticidad de la accesión a favor del propietario del suelo. Si existiera una situación de disociación dominical y el edificante fuera dueño de la obra, no necesitaría que se le reconociese tal derecho, al suponer un derecho de retención sobre cosa propia. Se trataría, como dice SÁNZ FERNÁNDEZ, de una “figura monstruosa y disparatada: derecho de retención en garantía de un crédito sobre una cosa propiedad del acreedor”.
6. La propia palabra “*indemnización*” demuestra que no nos encontramos ante una transmisión de la propiedad condicionada al pago de una contraprestación en dinero, pues en tal caso se hablaría de “precio” de modo análogo a como se hace en el inciso final del artículo 361 C.c., donde sí nos encontramos con una auténtica venta forzosa. Es más, la referencia a los artículos 453 y 454 C.c. es prueba indiscutible de que la indemnización no es la contraprestación de la transmisión del dominio, pues entonces ni tendría la cuantía que fija el artículo 453 C.c., ni cabría la posibilidad de que en algún caso (mejoras volutuarías), no fuera aplicable (artículo 454 C.c.).

En definitiva, mientras el *dominus soli* no ejercite esa opción existirá una disociación, pero no la pretendida por el Tribunal Supremo y por aquel sector doctrinal, sino entre la propiedad del todo (suelo y edificio), que en virtud del principio *superficies solo cedit* es del *dominus soli*, y la posesión, que recae sobre ese todo unitario y que corresponde al constructor. Opción, que como facultad integrante del dominio ya adquirido por accesión, no queda sometida a plazo de prescripción, como tampoco lo está la facultad de vender, hipotecar, usufructuar el dominio. Imprescriptibilidad, que no va a impedir la posibilidad en su contra de la usucapión por parte del edificante que posee el todo o, incluso, de un tercer adquirente.

OCTAVA. La aceptación de los términos de la accesión lleva aparejada la obligación de indemnizar (que no de comprar), cuyo fin ético es corregir la depauperación sin causa del edificante y el enriquecimiento injustificado del *dominus soli*. Para su concreción, el legislador recurre a la peligrosa técnica de la remisión normativa, concretamente, a lo dispuesto en los artículos 453 y 454 C.c. que debe ser interpretada del siguiente modo:

1. La remisión debe ser entendida a los solos efectos del cálculo de la indemnización, no como equiparación total entre edificante y poseedor de buena o mala fe. El régimen de las impensas posesorias no habla de gastos de construcción, sino de gastos realizados sobre algo preexistente: finca con edificación que se posee y se reforma. Por el contrario, el artículo 361 C.c. concibe la construcción

como una edificación en sentido estricto, como construcción *ex novo* de edificio sobre el suelo. Edificación cualificada que además debe ofrecer una utilidad o beneficio al *dominus soli* como “requisito esencial que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma” (STS de 28 de febrero de 2007 -RJ 2007/821 y RJ 2007/1627-).

2. La afirmación contenida en el artículo 453 C.c. de que los gastos necesarios son siempre abonables, no puede ser admitida y aplicada sin más de un modo absoluto en sede de accesión. No se debe olvidar que el edificio es una accesión de la finca, y ésta, desde el punto de vista del *dominus soli*, era únicamente el suelo. Luego gastos necesarios serán aquellos que resulten precisos para conservar la finca en su estado anterior a la edificación, pero no los necesarios para la ejecución y realización de la edificación. Ahora bien, es posible que una vez realizada la edificación (como su propiedad, según la tesis de la automaticidad que defendemos, corresponde al *dominus soli* desde el mismo momento de la unión indisoluble), se lleven a cabo gastos en el edificio para su conservación que sí tendrán el carácter de necesarios, y serán abonables desde la órbita del artículo 453 párrafo primero. Visto así el concepto indemnizable, queda salvada su aparente contradicción con el artículo 362 C.c.
3. La edificación supone una transformación material de la cosa respecto a su estado anterior, también una transformación de la finca en el destino económico, por lo que deben excluirse, no sólo las obras de conservación o mera reparación que lejos de transformar la cosa lo que persiguen es precisamente reponerla a su estado normal, sino también las de elevación de pisos, o aquellas edificaciones secundarias que lejos de alterar el destino de la cosa quedan a su servicio.
4. En definitiva, relacionada la edificación con la doctrina de las expensas aparece, en todo caso, como una mejora útil de la finca en que se realiza. Resulta complicado pensar en una edificación *ex novo* de carácter necesario, o meramente voluptuario de puro lujo o recreo; aunque de ser así y existir, no seguirá las reglas de la edificación propiamente dicha (arts. 361 y ss. C.c.), sino el régimen previsto para las expensas necesarias o de lujo.
5. Los gastos útiles que serán la generalidad de los realizados para llevar a cabo la edificación, solamente serán satisfechos si subsiste la mejora que los mismos han producido en el momento en el que se restituye la posesión de la finca al *dominus soli*, como lo preceptúa el artículo 458 C.c.

NOVENA. Aunque el tenor literal del artículo 361 C.c. sugiere que se otorga, en exclusiva, al propietario del suelo la iniciativa para la solución del conflicto de intereses, nada impide al edificante reclamar su derecho a ser indemnizado, aún antes y con independencia del derecho de opción del *dominus soli*. Ahora bien, sólo está legitimado activamente para interponer demanda suplicando que el *dominus soli* se quede con lo

edificado, abonando la “previa indemnización” a aquél, pero no podrá interesar la venta del terreno, pues excedería de su derecho a ser indemnizado por el empobrecimiento por hecho ajeno sufrido. Deberá ser el *dominus soli*, vía reconvencción, el que ejercite la opción y exteriorice su voluntad eligiendo la venta forzosa si no quiere aceptar las consecuencias de la accesión y su correlativa obligación de pago.

La obligación de pago del valor de lo accedido no es un deber *propter rem*, eficaz *erga omnes*, que se transmita formando parte de la propiedad transmitida. Al ser su fundamento el enriquecimiento injusto, es una acción personal eficaz *inter partes*, entre el efectivamente empobrecido (como acreedor) y el efectivamente enriquecido (*dominus soli*), con independencia de que sea un tercero quien construya o se sirva de un “otro” el *dominus soli*, o, para el caso de transmisión. No ocurrirá lo mismo con la deuda indemnizatoria, en los casos en que proceda, porque su deudor será siempre su autor.

DÉCIMA. En definitiva, no es el principio *superficies solo cedit* un principio de orden público, absoluto e inderogable, como desde el sector crítico al mismo se ha intentado imponer, sencillamente, porque nunca lo fue, ni siquiera en Derecho romano, al menos en la época justiniana. Pero tampoco es una presunción, ni admite prueba en contrario, a diferencia de lo ocurrido en el Code y en el Codice vigente (también el de 1865).

El principio *superficies solo cedit* es una regla de solución de un conflicto preexistente entre dos sujetos: el que hace la obra en suelo ajeno y el dueño del suelo sobre el que construye aquél, o entre el propietario del *suelo*, que emplea en la obra material ajeno, y el *dominus materiae*. Es directo y obligatorio, de aplicación automática y necesaria, única y exclusivamente en ese concreto ámbito de aplicación, siempre que concurren los concretos y taxativos presupuestos analizados.

UNDÉCIMA. La única excepción o supuesto claro de inversión del principio *superficies solo cedit* es la articulada a través de la doctrina jurisprudencial de la “accesión invertida”, que con carácter excepcional, y fundada en motivos exclusivamente económicos, considera elemento principal la edificación y accesorio el suelo sobre el que aquella descansa. Premisa básica es que la “accesión invertida” no puede darse por acuerdo o pacto entre invasor e invadido, que sin duda podrá existir, pero el dominio de lo accesorio no accederá a lo principal por la simple *vis atractiva* de la cosa más importante, sino por el acto jurídico o el contrato que pudiere existir entre los interesados, seguido de la tradición (artículo 609 C.c.), es decir, no se adquirirá la propiedad por accesión, sino por la tradición fundamentada en el justo título. Por ello, y pese a la insistencia de un nutrido sector doctrinal, no constituye un supuesto de accesión invertida, la hipótesis contemplada *in fine* en el artículo 361 C.c., pues la adquisición del suelo por el edificante no es automática (*ex lege*) en virtud del carácter económico-social principal de la construcción, sino una venta forzosa impuesta unilateralmente por el *dominus soli*. El tenor literal del precepto avala nuestra conclusión “obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno...”.

DUODÉCIMA. No todas las relaciones jurídico-reales entre el suelo y el vuelo o el subsuelo están regidas por el principio *superficies solo cedit*, sino que existen instituciones “falsas excepciones” que se articulan con carácter diferente, al margen del principio consagrado en el artículo 358 C.c., y que permiten escindir a todos los efectos, la propiedad del vuelo, suelo y subsuelo, sin inquietar en su titularidad al *dominus soli*.

En realidad, los artículos 358 C.c. y ss., más que prohibir la desconexión dominical, desconocían la existencia del derecho de superficie o de la propiedad horizontal y su finalidad es proteger al *dominus* perturbado en su esfera dominical y ofrecerle una justa y eficaz respuesta ante la una invasión no tolerada ni pactada de su suelo. De ahí que sea posible evitar su aplicación o, al menos, su no aplicación total y absoluta, por convenio de los interesados. Es más, incluso faltando ese acuerdo o convenio previo, cabría la posibilidad *a posteriori* de “modalizar” convencionalmente las consecuencias y efectos de la accesión, porque el principio *superficies solo cedit*, y los preceptos que lo consagran no son normas de *ius cogens*, sino dispositivas y siempre habrá posibilidad de transacción.

DÉCIMO TERCERA. La disociación dominical se logra a través de figuras como el derecho de superficie, que permite mantener totalmente separadas la propiedad del suelo y la del vuelo o la del subsuelo. También, a través de los derechos de sobreedificación o subedificación, o por medio de la propiedad horizontal que posibilitan la separación vertical y horizontal de porciones cúbicas del espacio (pisos) con titularidades independientes, permaneciendo el suelo como elemento común, o a través de alguno de sus supuestos combinados o derivados de la necesaria evolución de las figuras referidas, a través de la llamada “propiedad superficiaria horizontal”, o de la concesión de un derecho de superficie sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal, o de un derecho de sobrevuelo sobre tal régimen, vía de reserva o por su transmisión a un tercero, o incluso, de un derecho de “sobreelevación superficiario” sobre edificio construido en virtud de un derecho de superficie. También a través de la constitución de un complejo inmobiliario (artículo 24 LPH) que hace hoy posible la coexistencia de propiedades públicas y privadas, con el forjado divisorio como único elemento común, entre otras figuras o combinaciones posibles amparadas por el principio de libertad de creación de derechos reales.

Ahora bien, figuras que han de ser establecidos de consuno, con nitidez y cumplimiento de sus requisitos legales, para que quede excluido el principio *superficies solo cedit*, que se aplicará automáticamente siempre que no haya estipulación contraria canalizada a través de las figuras que la Ley regula, o “modalización” convencional de aquella.

DÉCIMO CUARTA. En definitiva, más que principio general y absoluto, de un lado, y excepciones de otro, estamos ante dos realidades distintas, excluyentes la una de la otra: la *conflictiva*, en la que se produce una intromisión no deseada en la esfera dominical ajena que la accesión disciplina y resuelve *pro-dominus soli* considerando *ex*

lege el suelo como *elemento principal*; y la pacífica, en la que el propietario del suelo, en el marco de la plenitud de facultades jurídicas que el ordenamiento le reconoce con carácter excluyente, y a través del recurso al espléndido campo de la autonomía de la voluntad, decide, permite y pacta la desconexión entre suelo-vuelo-subsuelo.

El mundo del derecho debe ser el mundo de lo justo y de lo útil. Por ello, somos conscientes de la necesidad de evolución y adaptación de nuestro Derecho patrimonial a la realidad económica del momento con el fin de dar respuesta a esa necesaria evolución del mercado inmobiliario y a las nuevas necesidades que en el mismo van surgiendo. Pero también, en el presente trabajo, hemos prescindido del fácil recurso a la imperiosa reforma legislativa y a la ruptura, sin más, con siglos de tradición romanista. Así las cosas, consideramos que el principio *superficies solo cedit* ha de ser concebido como criterio de utilidad y no como exigencia dogmática y absoluta.

¿Superficies solo cedit? Sí, pero sólo en su ámbito natural de aplicación, cuando concurren taxativamente sus presupuestos y como regla de solución del conflicto dominical planteado.

Índice cronológico de jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional

- STC de 5 de mayo de 1982 (RTC 1982/20)
- STC de 1 de febrero de 1985 (RTC 1985/14)
- STC de 18 de julio de 1994 (RTC 1994/222)

Tribunal Supremo

- STS de 30 de noviembre de 1900, tomada de Cerdeira Bravo de Mansilla
- STS de 15 de enero de 1904, tomada de Cerdeira Bravo de Mansilla
- STS de 28 de febrero de 1906 (JC, 75)
- STS de 12 de diciembre de 1908, tomada de Sáenz Fernández
- STS de 30 de junio de 1923, tomada de Sáenz Fernández
- STS de 12 de mayo de 1930 (JC, 113)
- STS de 2 de enero de 1928 (JC, 1)
- STS de 29 de junio de 1936 (RJ 1936/1491)
- STS de 23 de marzo de 1943 (RJ 1943/405)
- STS de 18 de marzo de 1948 (RJ 1948/467)
- STS de 17 de mayo de 1948 (RJ 1948/771)
- STS de 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721)
- STS 13 de diciembre de 1949 (RJ 1949/721)
- STS de 27 de marzo de 1950 (RJ 1950/989)
- STS de 5 febrero 1953 (RJ 1953/571)
- STS de 5 diciembre 1953 (RJ 1954/673)
- STS de 22 de enero de 1953, tomada de López Vilas

- STS de 17 de diciembre de 1955 (RJ 1955/3636),
- STS de 14 de junio de 1956 (RJ 1956/2702),
- STS de 17 diciembre 1955 (RJ 1955/3636)
- STS de 14 junio 1956 (RJ 1956/2702)
- STS 26 octubre 1956 (RJ 1956/3414)
- STS de 17 de diciembre de 1957 (RJ 1957/535),
- STS de 5 de marzo de 1959 (RJ 1959/1095),
- STS de 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960/3782),
- STS de 17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728)
- STS de 15 de octubre 1962 (RJ 1962/3870)
- STS de 20 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5394)
- STS de 10 de mayo de 1965 (RJ 1965/2521)
- STS de 5 enero 1967 (RJ 1967/73)
- STS de 27 de junio de 1969 (RJ 1969/3672)
- STS de 29 de 1970 (RJ 1970/2503)
- STS de 18 de febrero de 1971 (RJ 1971/1342)
- STS de 26 de febrero de 1971 (RJ 1971/1044)
- STS de 17 de junio de 1971 (RJ 1971/3250)
- STS de 19 de abril de 1972 (RJ 1972/1819)
- STS de 17 de marzo de 1973 (RJ 1973/3805)
- STS de 23 de octubre de 1973 (RJ 1973/3805)
- STS de 7 noviembre 1973 (RJ 1973/4110)
- STS de 22 de febrero de 1975 (RJ 1975/721)
- STS de 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/2132)
- STS de 3 de marzo de 1978 (RJ 1978/953)
- STS de 6 de mayo de 1978 (RJ 1978/1815)
- STS de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979/420)
- STS de 6 de junio de 1979 (RJ 1979/2323)
- STS de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980/1233)
- STS de 12 de abril de 1980 (RJ 1980/1414)
- STS de 24 de abril de 1980 (RJ 1980/1340)
- STS de 25 de abril de 1980 (RJ 1980/1561)
- STS de 28 de abril de 1980 (RJ 1980/1564)

- STS de 1 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4732)
- STS de 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4742)
- STS de 27 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4759)
- STS de 28 de abril de 1980 (RJ 1980/1564)
- STS de 9 de febrero de 1981 (RJ 1981/388)
- STS de 17 de mayo de 1981 (RJ 1981/2054)
- STS de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524)
- STS de septiembre de 1981 (RJ 1981/3245)
- STS de 30 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4682),
- STS de 7 de julio de 1982 (RJ 1982/4220)
- STS de 30 de septiembre de 1982 (RJ 1982/4931),
- STS de 16 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6547)
- STS de 19 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6551)
- STS de 24 de febrero de 1988 (RJ 1988/1301)
- STS de 19 de abril de 1988 (RJ 1988/3180)
- STS de 9 de julio de 1988 (RJ 1988/5601)
- STS de 13 de diciembre de 1982 (RJ 1988/9033)
- STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9471)
- STS de 27 de abril de 1983 (RJ1983/2129)
- STS de 15 de junio de 1984 (RJ 1984/3243)
- STS de 29 de junio de 1984 (RJ 1984/3442)
- STS de 9 de julio de 1984 (RJ 1984/3804)
- STS de 1 de octubre de 1984 (RJ 1984/4750),
- STS de 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5663),
- STS de 1 de octubre de 1984 (RJ 1984/4750)
- STS de 11 de marzo de 1985 (RJ 1985/1137)
- STS de 28 de mayo de 1985 (RJ 1985/2831)
- STS de 4 de julio de 1985 (RJ 1985/3640)
- STS de 31 de octubre de 1985 (RJ 1985/5139)
- STS de 12 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5582)
- STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898)
- STS de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6520)
- STS de 13 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6526)

- STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898)
- STS de 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117)
- STS de 18 de abril de 1986 (RJ 1986/1858)
- STS de 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2039)
- STS de 3 de octubre de 1986 (RJ 1986/5234)
- STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/6012)
- STS de 29 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7831)
- STS de 3 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7194)
- STS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715)
- STS de 6 de octubre de 1987 (1987 RJ/6720)
- STS de 29 de octubre de 1987 (RJ 1987/7484)
- STS de 17 de diciembre de 1987
- STS de 31 de diciembre de 1987(RJ1987/9715)
- STS de 23 de febrero de 1988 (RJ 1988/1277)
- STS de 24 de febrero de 1988 (RJ 1988/1301)
- STS de 19 de abril de 1988 (RJ 1988/3180)
- STS de 9 de julio de 1988 (RJ/5601)
- STS de 14 de julio de 1988 (RJ 1988/5689)
- STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9471)
- STS de 19 de diciembre de 1988
- STS de 6 de febrero de 1989 (RJ 1989/669)
- STS de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3880)
- STS de 20 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6323)
- STS de 8 de noviembre de 1989 (RJ 1989/9890)
- STS de 22 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7900)
- STS de 28 de marzo de 1990 (RJ 1990/1737)
- STS de 5 de junio de 1990
- STS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990/4766)
- STS de 15 de noviembre de 1990
- STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10285)
- STS de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10359)
- STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991/101)
- STS de 28 de febrero de 1991 (RJA 1991/1607)

- STS de 23 de julio de 1991 (RJ 1991/5416)
- STS de 11 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6052)
- STS de 12 de noviembre de 1991(RJ 1991/8237)
- STS de 20 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9232)
- STS de 24 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9598)
- STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/1261)
- STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992/1549)
- STS de 20 de marzo de 1992 (RJ 1992/2213)
- STS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2282)
- STS de 3 de abril de 1992 (RJ 1992/2936)
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de abril de 1992 (RJ 1992/4114)
- SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/3384)
- STS de 27 de junio de 1992 (RJ 1992/5562)
- STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9229)
- STS de 27 de febrero de 1993 (RJ 1993/1303)
- STS de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993/3400)
- STS de 4 de junio de 1993 (RJ 1993/5261)
- STS de 11 de junio de 1993 (RJ 1993/5409)
- STS de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6275)
- STS de 23 de julio de 1993 (RJA 1993/6284)
- STS de 13 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8910)
- STS de 31 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9920)
- STS de 25 de enero de 1994 (RJ 1994/442)
- STS de 5 de abril de 1994 (RJ 1994/ 2936)
- STS de 29 de mayo de 1994 (RJ 1994/3572)
- STS de 18 de julio de 1994 (RTC 1994/222)
- STS de 29 de julio de 1994 (RJ 1994/6305)
- STS de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8837)
- STS de 27 de enero de 1995 (RJ 1995/176)
- STS de 31 de enero de 1995 (RJ 1995, 413)
- STS de 10 de junio de 1995 (RJ 1995/4915)
- STS de 20 de junio de 1995 (RJ 1995/4935)

- STS de 29 de julio de 1995 (1995/5922)
- STS de 18 de abril de 1995 (RJ 1995/3422)
- STS de 25 de abril de 1995 (RJ 1995/3548)
- STS de 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8079)
- STS de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9601)
- STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396)
- STS de 19 de enero de 1996 (RJ 1996/586)
- STS de 31 de enero de 1996 (RJ 1996/545)
- STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996/2584)
- STS de 4 de octubre de 1996 (RJ 1996/7037)
- STS de 27 de junio de 1997 (RJ 1997/5398)
- STS de 2 de julio de 1997 (RJ 1997/5474)
- STS de 27 de junio de 1997 (RJ 1997/5398)
- STS de 22 de julio de 1997 (RJ 1997/9373)
- STS de 15 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8980)
- STS de 14 de febrero de 1998 (RJ 1998/984)
- STS de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/10052)
- STS de 7 de abril de 1998 (AC 1998, 794)
- STS de 16 de junio de 1998 (RJ1998/5056)
- STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998/4744)
- STS de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/6129)
- STS de 5 de febrero de 1999 (RJ 1999/749)
- STS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240)
- STS de 19 de febrero de 1999 (RJ 1999/1240)
- STS de 17 de junio de 1999 (RJ 1999/4387)
- STST de 19 de julio de 1999 (RJ 1999/6086)
- STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/6358)
- STS de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999/8163)
- STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000/126)
- STS de 15 de marzo de 2000 (RJ 2000/1838)
- STS de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2431)
- STS de 6 de junio de 2000 (RJ 2000/4402)
- STS de 7 de junio de 2000 (RJ 2000/4005)

- STS de 13 de julio de 2000 (RJ 1986/2039)
- STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000/5499)
- STS de 27 de julio de 2000 (RJ 2000/9179)
- STS de 3 de noviembre de 2000 (VLEX-57923509)
- STS de 8 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9592)
- STS de 18 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9309)
- STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/1083)
- STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001/5976)
- STS de 27 de marzo de 2001 (Tol 131035)
- STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/1083)
- STS de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002/1594)
- STS de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002/3191)
- STS de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/4449),
- STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/10171)
- STS de 26 de noviembre de 2002 (RJ.2002/9935),
- STS de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6420)
- STS de 4 de diciembre de 2003 (RJ 2003/8632)
- STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004/1563)
- STS de 8 de junio de 2004 (RJ 2004/3817)
- STS de 15 de junio de 2004 (RJ2004/3842)
- STS de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6883)
- STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7237)
- STS de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/3751)
- STS de 13 de mayo de 2005 (RJ 2005/3997)
- STS de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733)
- STS de 28 de noviembre de 2005 (RJ 2005/239)
- STS de 3 de enero de 2006 (RJ 2006/130)
- STS de 6 de febrero de 2006 (RJ 2006/626)
- STS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006/547)
- STS de 3 de abril de 2006 (RJ 2006/1916)
- STS de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921)
- STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006/8708)
- STS de 16 de octubre de 2006 (RJ 2006/9342)

- STS de 30 de octubre de 2006 (RJ 2006/8903)
- STS de 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8055)
- STS de 20 de noviembre de 2006 (2006/8080)
- STS de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8076)
- STS de 13 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8237)
- STS de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8227)
- STS de 12 de enero de 2007 (RJ 2007/178577)
- STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1708)
- STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/1627)
- STS de 4 de mayo de 2007 (RJ 2007/2820)
- STS de 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3866)
- STS de 26 de octubre de 2007 (RJ 2007/9251)
- STS de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8924)
- STS de 17 de diciembre de 2007(RJ2007/8937)
- STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/1842)
- STS de 12 de junio de 2008 (RJ 2008/3218)
- STS de 19 de junio de 2008 (RJ 2008/3225)
- STS de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2009/133)
- STS de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5684)
- STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/266)
- STS de 13 de marzo de 2009 (Tol 1474927)
- STS de 21 de mayo de 2009 (RJ2009/2416)
- STS de 25 de febrero de 2010 (RJ 2010/1794)
- STS de 5 de julio de 2010 (RJ 2010/5701)
- STS de 27 de enero de 2011 (RJ 2011/300)
- STS de 8 de junio de 2011 (RJ 2011/5009)
- STS de 21 de septiembre de 2011 (VLEX-324877259)
- STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/9318)
- STS de 26 de septiembre de 2012 (Tol 2661126)
- STS (sala de lo contencioso) de 21 de noviembre de 2012 (Cendoj 28079130062012100914)
- STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/3500)
- STS de 10 de diciembre de 2013 (RJ 2014/355)

- STS de 12 de febrero de 2014 (RJ 2014/1860)
- STS de 10 de julio de 2014 (VLEX-520648990)
- STS de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/710)
- STS de 13 de mayo de 2016 (RJ 2006/2041)
- AUTO de 2 de noviembre de 2016 (JUR 2016/249286)

Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 11 de abril de 1928, tomada de Roca Sastre
- RDGRN de 26 de diciembre de 1934, tomada de Roca Sastre
- RDGRN de 19 de mayo de 1952 (RJ 1952/1627)
- RDGRN de 7 de julio de 1960 (RJ 1960/2490)
- RDGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980/3790)
- RDGRN de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6941)
- RDGRN de 14 de abril de 1984 (RJ 1984/2588)
- RDGRN de 14 de mayo de 1984 (RJ 1984/2588)
- RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986/1006)
- RDGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1986/1008)
- RDGRN de 26 de junio de 1987 (RJ 1987/4841)
- RDGRN de 23 de octubre de 1987 8RJ 1987/7660)
- RDGRN de 26 de octubre de 1987 (RJ 1987/7661)
- RDGRN de 18 de abril de 1988 (RJ 1988/3358)
- RDGRN de 21 de febrero de 1995 (RJ 1995/1735)
- RDGRN de 19 de enero de 1996 (RJ 1996/586)
- RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996/3950)
- RDGRN de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2046)
- RDGRN de 8 de julio de 1997 (RJ 1997/5790)
- RDGRN de 17 de julio de 1998 (RJ 1998/5973)
- RDGRN de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/10205)
- RDGRN de 22 de marzo de 2001 (RJ 2002/2188)
- RDGRN de 5 de abril de 2002 (RJ 2002/8121)
- RDGRN de 21 de febrero de 2005, (RJ 2005/ 1735)
- RDGRN de 2 de octubre de 2006 (RJ 2006/8196)
- RDGRN de 24 de febrero de 2007 (RJ 2007/6137)

- RDGRN de 23 de octubre de 2007 (RJ 2007/7660)
- RDGRN de 26 de octubre de 2007 (RJ 2007/9251).
- RDGRN de 21 de diciembre de 2010 (2011/263)

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña de 22 de julio de 1991 (RJ 1991/3905)
- STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 1993 (RJ 1993/10179)
- STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/10052)
- STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2001 (RJ 2002/5240)
- STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003/6764)
- STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2004 (RJ 2004/1039)
- STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2008 (JUR 2009/50487)
- STSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2010 (JUR 2010/77134)

Audiencias Provinciales

- SAP de Teruel de 13 de febrero de 1992 (AC 1992/222),
- SAP de Oviedo de 7 de julio 1992 (AC 1992/1045),
- SAP de Zaragoza de 11 de julio de 1992 (AC 1992/1101),
- SAP de Granada de 6 de abril 1993 (AC 1993/810)
- SAP de Teruel de 22 de noviembre de 1994 (AC 1994/2002) ,
- SAP de Córdoba de 9 diciembre de 1994 (AC 1994/2278)
- SAP de Baleares de 12 de enero de 1995 (AC 1995/101)
- SAP de Sevilla de 10 de octubre de 1995 (AC 1995/1957)
- SAP de Asturias, Sección 5ª (AC 1997/232)
- SAP de Cantabria de 6 de marzo de 1997 (AC 1997/423)
- SAP de Sevilla de 2 de abril de 1998 (AC 1998/719)
- SAP de Huesca de 7 de abril de 1998 (AC 1998/794)
- SAP de Lleida de 1 de julio de 1998 (AC 1998/1486)
- SAP de Toledo de 18 de diciembre de 1998 (AC 1998/2494)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de junio de 1999 (AC 1999/7494)
- SAP de Sevilla de 29 de octubre de 1999 (AC 1999/8661)
- SAP de Salamanca de 2000 (AC 2000/3703)

- SAP de la Coruña de 9 de marzo de 2000 (JUR 2000/280526)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2000 (JUR 2000/197973)
- SAP de Granada de 28 de mayo de 2001 (AC 2001/2060)
- SAP de Castellón de 17 de junio de 2000 (JUR 2001/241354)
- SAP de Baleares de 20 de junio de 2000 (JUR 2000/269787)
- SAP de Orense de 22 de junio de 2000 (AC 2000/1340)
- SAP de Albacete de 31 de julio de 2000 (JUR 2000/298234)
- SAP de Jaén de 19 de septiembre de 2000 (AC 2000/2224)
- SAP de Guadalajara de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001/43398)
- SAP de Jaén de 3 de noviembre de 2000 (VLEX-57923509)
- SAP de Toledo de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2000/95501)
- SAP de Asturias de 15 de marzo de 2001 (JUR 2001/152721)
- SAP de Jaén de 6 de abril de 2001 (AC 2001/2465)
- SAP de Navarra de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001/212394)
- SAP de Huesca de 5 de abril de 2002 (AC 2002/153412)
- SAP de Asturias de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/9035)
- SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2002
- SAP de Almería de 17 de enero de 2003 (AC 2003/547)
- SAP de Jaén de 23 de enero de 2003 (JUR 2003/83747)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 2003 (JUR 2003/115526)
- SAP de Guipúzcoa de 10 de marzo de 2003 (JUR 2003/41956)
- SAP de Cádiz de 28 de abril 2003 (AC 2003/2057)
- SAP de Almería de 6 de junio de 2003 (JUR 2003/178031)
- SAP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2003/230075)
- SAP de Huelva de 17 de noviembre de 2003 (JUR 2004/19439)
- SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 2003 (JUR 2003/24046)
- SAP de Badajoz de 23 de diciembre de 2003 (JUR2003/74918)
- SAP de Burgos de 8 de marzo de 2004 (JUR 2004/112237)
- SAP de Murcia de 9 de marzo de 2004 (JUR 2004/170471)
- SAP de Murcia de 5 de abril de 2004 (JUR 2004/146617)
- SAP de Palencia de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2004/278049)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de noviembre de 2004 (JUR 2005/22855)
- SAP de Baleares de 9 de junio de 2005 (JUR 2005/166175)

- SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115397)
- SAP de Cuenca de 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/219616)
- SAP de Guipúzcoa de 10 de febrero de 2006 (2006/168540)
- SAP de Granada de 7 de julio de 2006 (AC 2007/125)
- SAP de Madrid de 4 de septiembre de 2006 (VLEX-26222462)
- SAP de Granada de 12 de enero de 2007 (JUR 2007/178577)
- SAP de Gerona de 27 de junio de 2007 (JUR 2007/285525)
- SAP de Asturias de 16 de julio de 2007 (JUR 2007/341981),
- SAP de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/ 8671)
- SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2007 (JUR 2008/119382),
- SAP de Castellón de 16 de julio de 2008 (JUR 2008/307768)
- SAP de Las Palmas de 15 de noviembre de 2008 (JUR 2008/119382)
- SAP de Las Palmas de 25 de junio de 2011 (JUR 2011/8231)
- SAP de Las Palmas de 25 de julio de 2011 (JUR 2011/2111)
- SAP de Toledo de 26 de julio de 2011 (AC 2011/2117)
- SAP de Lugo de 27 de junio de 2012 (JUR 2012/242092)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de octubre de 2012 (JUR 2012/82119)
- SAP de León de 18 de octubre de 2012 (JUR 2012/370541),
- SAP de Murcia de 12 de julio de 2013 (JUR 2013/275472),
- SAP de Pontevedra de 2 de octubre de 2013 (AC 2013/1687)
- SAP de Albacete de 3 de abril de 2014 (AC 2014/802)
- SAP de Asturias de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014/18539)
- SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2013 (JUR2013/40469),
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2014 (JUR 2014/273549).
- SAP de Murcia de 16 de julio de 2015 (AC 2015/1279)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2016 (JUR 2016/36604)
- SAP de Córdoba de 19 de abril de 2016 (JUR 2016/179550)
- SAP de Pontevedra de 10 de mayo de 2016 (JUR 2016/139342)
- SAP de Las Palmas de 7 de septiembre de 2016 (JUR 2016/234888)
- SAP de Pontevedra de 20 de octubre de 2016 (JUR 2016/251056)
- SAP de Palencia de 24 de octubre de 2016 (JUR 2016/258373)

Bibliografía y recursos electrónicos

Doctrina

- ALBALADEJO GARCÍA, M.:
 - «Compensación de desperfectos con mejoras, en el usufructo», *ADC*, 1963, págs 1035 a 1051.
 - *Derecho civil*, T. III. *Derecho de bienes*, 11ª edic. puesta al día con la colaboración de E. Cordero Lobato, Edisofer, Madrid, 2010.
- ALBIEZ DOHRMAN, K, J.: «Comentario al artículo 1588 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ALCÁZAR MONTERO, R.: «Los complejos inmobiliarios y su inscripción catastral», <http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct76/1.pdf> (27-05-2017).
- ALLI ARANGUREN, J. C.: «Urbanismo y vivienda. La interrelación de las políticas del suelo y vivienda», Conferencia en el III Congreso Español de Derecho Urbanístico, Pamplona, 25 de mayo de 2005. http://www.congresosnavarra.com/derecho_urbanistico/UrbanismoYvivienda.doc. (15-10-2014)
- ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario a los artículos 353 y ss. C.c.», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. I, Edersa, Madrid 1990.
- ALONSO PÉREZ, M^A. T.:
 - «Comentario a las leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXXVIII, V. I. Edersa, Madrid 1998.
 - *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.
 - «Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista», *RCDI*, N^o 680, 2003, págs 3085 a 3112.

- «La contraprestación o precio en el derecho de superficie», *RCDI*, N° 712, Madrid, 2009, págs 609 a 668.
- «La accesión inmobiliaria en el Derecho catalán», *Actualidad civil*, N° 3, sección A Fondo, T. I., La Ley, Madrid, 2010, págs. 250 y ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, M. P.: *Accesión invertida. Líneas jurisprudenciales*, Aranzadi Civil-Mercantil, V. III, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- ÁLVAREZ SALAMANCA, F. L.: «La formación histórica del modo de adquirir denominado accesión», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, 2º semestre de 2007, Chile, págs. 61 a 117, <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n29/a02.pdf>.
- ANGOSTO SÁEZ, J. F.:
 - *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*, Universidad de Murcia, 1998.
 - «La posición jurídica del propietario de suelo según la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, N° 21, 2003, págs 7 a 48.
- ARCOS VIEIRA, M. L.:
 - «Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código civil: doctrina jurisprudencial», *Aranzadi Civil*, N° 3 1996, págs. 47 a 68.
 - »Comentario al artículo 1888 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ARNÁIZ EGUREN, R.:
 - *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid 1993.
 - «La comunidad de garajes y el uso de aparcamientos. Su relación con el régimen de propiedad horizontal», <http://www.registradoresdemadrid.org/> (26-05-2017).
- ARNÁIZ RAMOS, R.: *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva*, Bosch, Barcelona 2013.
- ARNAU ESTELLER, A. J.: *Los aparcamientos en el subsuelo municipal urbano*, Editorial Portal Derecho, Madrid, 2007.
- ARNAU RAVENTÓS, L.: «La reserva del dret de sobreelevació i subedificació en un règim de propietat horitzontal: l'article 553-34 del Projecte de Llibre Cinqué del Codi civil de Catalunya», *La Notaria*, N° 11/2003, noviembre 2003, págs 153 a 160.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Los acuerdos de las juntas de propietarios y las actas», en S. San Cristóbal Reales (coordinador): *Estudios sobre la propiedad horizontal*, La Ley, Madrid, 2009.

- ATAZ LÓPEZ, J.:
 - «Comentario al artículo 1503 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - «Compraventa y contrato de obra futura», en Carrasco Perera (director): *Tratado de la Compraventa* (Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz), T. I. Aranzadi 2014.
- BADOSA COLL, F. et. al.: «Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente», en Cumella Gaminde y Tormo Santonja (directores): *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona 2005.
- BALLESTEROS ALONSO, M.: «Derecho de vuelo», *RCDI*, N° 612, 1992, págs 2055 a 2084.
- BASILE, M.: «Osservazioni in tema di rapporti tra accessione e comunione», *Riv. Trim. Dir. e Proc.*, 1968, págs 1297 a 1313.
- Basozabal Arrue, X.:
 - *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
 - «Comentario al artículo 358 y ss. C.c.», en Cañizares Laso et al. (directores): *Código civil comentado*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2011.
- BATLLE VÁZQUEZ, M.:
 - *La propiedad de casas por pisos*, Marfil, Alcoy, 1954.
 - «Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, N° 394-395, 1961, págs 413 a 424.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M.: *Traité de Droit Civil. Des Biens*, T. VI. Paris 1905.
- BAYOD LÓPEZ, M. C.: «Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial (reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Aragón de 3 de diciembre de 2010)», *RDCA*, N° XVIII, 2012, págs 257 a 278.
- BELDA CASANOVA, C.: «El artículo 1357.2 del Código civil o una forma irregular de aportación a la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, T.I, 1998, págs 2076 a 2085.
- BELTRÁN HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en Derecho español*, Edersa, Madrid 1954.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: «Comentario a los artículos 362 y 363 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:
 - *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Editorial Moneda y Crédito, 1971.
 - «Comentario al artículo 361 del Código Civil», en *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona 2009.
 - *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, 5ª ed., Pamplona 2011.
- BERTOLÁ NAVARRO, I.: «Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los contratos», Editorial Jurídica Sepín. <http://blog.sepín.es/> (13-04-2016).
- BIONDI, B.:
 - *Los bienes*, trad. de la segunda edición italiana por A. de la Esperanza Martínez-Radio, Bosch, Barcelona, 1961.
 - *Istituzioni di diritto romano*, ristampa inalterata della cuarta edizione ampliata ed aggiornata, Milano, 1972,
 - *Las servidumbres*, trad. esp y notas por J. M. González Porras, Ed. Edersa, Jaén 1978.
- BLANQUER UBEROS, R.:
 - *Acerca del derecho de superficie*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.
 - «El derecho de superficie: su utilidad práctica», en Garrido Palma (coordinador): *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Aranzadi, Pamplona 2007, págs 121 a 142
- BONET BONET, F. V.: «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», *RGLJ*, T. 231, 1971, págs 103 a 128.
- BONFANTE, P.:
 - *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 8ª edición por L. Bacci y a. Larrosa, Madrid, 1929.
 - *Corso di Diritto Romano*, Vol. 2º, *La proprietà*, 2ª parte, Giuffré editore, Milano, 1968.
 - *Istituzioni di Diritto Romano*, 4ª edizione, Elibron Classics, Milano, 2006.
- BORSARI, L.: *Commentario del Codice civile italiano*, Libro II, Roma, 1972.
- BRANCA G.: *Comunione Condominio negli edifici*, Libro III: della proprietà, art 1100-1139, 6ª edizione, N. Zanichelli Editore, S.P.A., Bologna, 1982.
- BRISSÉ SAINT MACARY: *De l'accession artificielle immobiliere*, Burdeos, 1929.

- BRUCCULERI, A.: *La funzione sociale della proprietà*, Scuola tipográfica Don Luigi Guanella, Roma, 1942.
- BRUGI, B.: *Della Proprietá*, Vol. I., Napoli, 1911.
- CÁNOVAS COUTIÑO, G.: «La accesión y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, Nº 295, 1952, págs. 903 a 917.
- CÁMARA ÁGUILA, M. P.: «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», *RCDI*, Nº 648, 1998, págs. 1623-1662.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B.: «El artículo 1404 y la declaración de obra nueva», *RC-DI*, 1954, págs 785 a 809.
- CAÑIZAREZ LASO, A.: «Tipología de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español)», *ADC*, 1995.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *El acceso al registro de la propiedad de los actos con transcendencia urbanística, Derecho privado y gestión urbanística. Aspectos sustantivos y registrales*, La Ley, Madrid, 2010.
- CARBONNIER, J.: *Droit Civil, 3, Les Biens*, 8^a édition, Paris, 1975.
- CARRASCO PERERA, A.:
 - *Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1986.
 - «La accesión invertida. Un modelo para la argumentación jurídica», *RDP*, Nº 80, 1996, págs 886 a 912.
 - *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3^a edición, Dilex, Madrid, 2000.
 - «Comentario al artículo 1122 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - «Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código civil español», Ponencia a les *XIV jornades de dret catalá a Tossa, La codificació dels drets reals*, <http://civil.udg.edu/tossa/2006/textos/pon/1/acp.htm>.
- CARVALHO MARTINS, A.: *Acessão*, Coimbra, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.:
 - *La propiedad y sus problemas actuales*, Editorial Reus, Madrid, 1963.
 - *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. II, *Derecho de cosas*, Vol. I, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 12^a edición, editorial Reus, Madrid, 1982.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.:
 - *La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

- «Las construcciones extralimitadas en el derecho español: Luces y sombras de la Jurisprudencia en materia de accesión invertida», *RAD*, N.º 8, 2009, págs 127 a 154.
 - «La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N.º 23, Navarra, 2009, págs 26 a 66.
 - «Superficies solo cedit: Un principio (natural) en crisis (económica)», *RCDI*, N.º 728, 2011. págs 3063 a 3104.
 - «El automatismo en la accesión inmobiliaria», *RCDI*, N.º 729, 2012, págs 43 a 110.
 - «Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada, según nuestra jurisprudencia», *RAD*, Núm. 5, Aranzadi, Pamplona, 2012, págs 127 a 149.
 - «Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada, según nuestra jurisprudencia» [http://abogadosceuta.es/data/documents/\(16-12-2015\)](http://abogadosceuta.es/data/documents/(16-12-2015))
- CHICO ORTÍZ, J. M.:
- *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*, Montecorvo, Madrid, 1974
 - «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», *RCDI*, N.º 614, 1994, págs. 219-234.
- CLEMENTE MEORO, M. E.: «Comentario a los artículos 467 a 529 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- COBACHO GÓMEZ, J. A.:
- *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2006.
 - «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *RCDI*, Núm. 710, 2008, págs. 2281-2295.
- COLIN, A Y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, T. II, Vol. 2º, *De los bienes y de los derechos reales principales*, trad. RGLJ y notas D. De Buen, Madrid, 1923.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 1859 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CORVO LÓPEZ, F. M.:
- *El Derecho de sobreedificación y subedificación y su integración en el Régimen de Propiedad Horizontal*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.
 - «Los derechos de sobreedificación y subedificación como alternativa al cambio de solar por edificación futura», *Aranzadi Civil*, N.º 11, 2011, págs 101 a 115.

- CORRAL DUEÑAS, F.: *La finca y sus modificaciones*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- CUSI ESCOFET, W.: «Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs 323 a 338.
- CUADRADO PÉREZ, C.:
 - «Constitución de servidumbre por signo aparente», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2007.
 - *La servidumbre de propietario*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- CUSÍ ESCOFET, W.: «Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 1969», *Revista jurídica de Cataluña*, vol. 69, nº 2, 1970, págs. 323-338.
- D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1997.
- DEMOLOMBE, C.: *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, T. IX, París, 1866.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R.: «La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código civil», *Diario La Ley*, T. IV, 1985, págs 477 a 500.
- DE BUEN, D.: en notas a Colin y Capitant, *Curso elemental de Derecho Civil*, T. II, vol. 2º, *De los bienes y de los derechos reales principales*, trad. RGLJ Madrid, 1923.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE COSSÍO MARTÍNEZ: «Complejos inmobiliarios y Ley de Propiedad Horizontal», *Anales de la Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia*, V. III, Sevilla, Cursos académicos 1998-2003, págs 123 a 137.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Tratado práctico y crítico de Derecho civil, La sociedad de gananciales*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1963.
- DE DIEGO, F. C.: *Instituciones de Derecho civil español*, T. I., *Introducción, parte general. Propiedad. Derechos reales*, Madrid, 1941.
- DE FRANCO PAZ, F.: *El derecho de Sobreedificación: Su naturaleza Jurídica*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A. y HERNÁNDEZ GIL, F. y MIRANDA DE LAS HERAS, J. M.: *Ley y Reglamento Hipotecario, Leyes complementarias. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 8ª edición, Codex, Madrid, 2005.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I.:

- *El derecho de superficie. Aspectos Civiles y Registrales*, 2ª edic., Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.
- «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000. (Estudio jurisprudencial del Derecho de elevación)», *RCDI*, Nº 659, 2000, págs. 2003-2029,
- «A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo», *RCDI*, Nº 667, 2001, págs. 1835-1902.
- «El nuevo derecho de superficie», *RCDI*, Núm. 712, 2009, págs. 669-694.
- DE LOS MOZOS, J. L.:
 - *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la vivienda, Madrid, 1974.
 - «Comentario al artículo 1359 C.c.», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 2º, Edersa, Madrid 1992.
- DE MARTINO, F.: *Della proprietà*, en el «Comentario del Codice civile, a cura de A. Scialoja e G. Branca», Libro Terzo, art. 810-956, 4ª edizione, Roma, 1976.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Direito Civil, Reais*, 5ª edic, Coimbra editora, 2012.
- DE PABLO CONTRERAS, P. P.: *Curso de Derecho civil*, T. III, *Derechos reales*, 3ª edic. Ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2011.
- DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de derecho civil*, Vol. I. *Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, 4ª edic., traducido por R. Serrano Suárez y J. Santa-Cruz Teijeiro, editorial Reus, Madrid, 1929.
- DE SALAS MURILLO, S.: «El derecho de superficie en la Ley del suelo de 2007: Una aproximación inicial», en Gómez Gállico (coordinador): *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, V.II, págs. 1465-1518, Aranzadi, Pamplona 2008.
- DE TENA Y MARTÍN, V.: «Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad», *Información Jurídica*, 1952, págs 655 a 685.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «La aportación de don Ramón María Roca-Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficie», *RCDI*, Nº 651, (Número conmemorativo del centenario de Ramón María Roca Sastre), Madrid, 1999, págs. 617-638.
- DÍAZ LEMA, J. M.: *Nuevo Derecho del suelo, Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, Marcial Pons, 2008.
- DÍAZ ROMERO, M[^]. R.: *La accesión inmobiliaria ante la tendencia unificadora del derecho privado europeo. Especial referencia a la construcción en suelo ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, Vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario Registral*, 7ª edic., Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L.:
 - «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *RC-DI*, N.º 455, 1966, págs 846 a 861.
 - *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1975.
 - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vols. III (*Las relaciones jurídico-reales, El registro de la propiedad. La posesión*) y IV (*Las particulares relaciones obligatorias*), 5ª edic., Aranzadi 2008 y 2010.
 - *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, T. III, *Derechos Reales, Derecho Registral, Derecho de Sucesiones, Derecho Mercantil, Varia*, Aranzadi 2011.
- DÍEZ SOTO, C.:
 - «STS de 9 de julio de 1991. Compraventa de inmuebles. Obligación de otorgar escritura pública de venta. Exceptio non adimpleti contractus. Cláusula penal», en *CCJC*, nº 26, 1991.
 - «STS de 28 de enero de 1998. Ejercicio por subcontratista de la acción directa regulada en el artículo 1597 C.c. No basta el mero requerimiento notarial de retención de deuda dirigido al comitente. Pago por letras de cambio», *CCJC*, nº 48, 1998.
 - «Comentario a los artículos 1507 a 1525 del Código civil», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - «Resolución y concurso», en González Pacanowska y García Pérez (coordinadores): *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, Aranzadi 2014.
- DOMENGE AMER, B.: *El derecho de sobre y subedificación*, Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983.
- DORAL GARCÍA, J. A. Y TORRES LANA, J. A.: «El ius aedificandi y el principio de accesión», *RGLJ*, 1981, págs 27 a 44.
- DORAL GARCÍA, J. A.: «Comentario a los artículos 375 a 377 C.c.», en Paz Ares et al. (directores): *Comentario del Código civil* Ministerio de Justicia, T I Madrid 1991.
- DROSS, W.: *Le mécanisme de l'accession. Elements pour une théorie de la revendication en valeur*, Université Nancy II, 2000 <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00457621> (23/05/2017).
- DUSI, B., *Istituzioni di diritto civile*, Vol. I, Unitipografica Pinerolese, Torino, 1930.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. y MARSAL GUILLAMET, J.: «Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación», en Cumella Gaminde y Tormo Santonja (directores): *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona 2005.

- EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A.: «La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio», *Aranzadi Civil*, N° 14, 2008, págs 2433 a 2458.
- ENNECERUS, L. y KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, T. III, *Derecho de cosas* Vols. 1º (*Posesión. Derecho inmobiliario. Propiedad*) y 2º (*Gravámenes*). Traducción y notas de Derecho español por B. Pérez González y J. Alguer. Barcelona 1936.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: «Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal», *RCDI*, 1967, págs 1233 a 1245
- EVANGELIO LLORCA, R.: «La protección interdictal contra las inmisiones excesivas», *Actualidad civil 2000-II*, págs 549 a 576.
- FALCÓN, M.: *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, T. II, 3ª edición, Barcelona 1888.
- FAUS I PUJOL, M.:
 - «Regulación del derecho de superficie en el derecho estatal. Referencia a Navarra», en *Breviario civil, 2: Derechos reales especiales*, 2008.
 - «Donación con pacto de reversión», <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/donacion-pacto-reversion-453414> (15-05-2013).
 - «Doctrina de la DGRN y del TS sobre la agregación y la agrupación de fincas», <http://vlex.com/vid/227004>.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. J.:
 - «STS de 10 de marzo de 2004. Responsabilidad por vicios o defectos en la construcción. Reparación in natura y cumplimiento por equivalente. Obligaciones del director de la ejecución de la obra. Responsabilidad solidaria de los arquitectos intervinientes», *CCJC*, N° 66, 2004, págs 1239-1256.
 - »Comentario a los artículos 350 y ss.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. II y III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FERNÁNDEZ DE VILLACENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M^A C.: *Venta de cosa ajena: ¿validez o nulidad?*, Tecnos, Madrid 1994.
- FERNÁNDEZ RODRIGUES BASTOS, J.: *Código civil portugués*, 9ª edic. Coimbra, 1990.
- FIGUEIRAS DACAL, M.: «La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», *RCDI*, N° 672, 2002, págs. 1239-1300.
- FONT VOIX, V.: «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», *RDN.*, julio-diciembre, 1967, págs 7 a 62.
- FUENTES LOJO, J. V.: «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1967, págs 560 a 596.

- GALVÁN GALLEGOS, A.: «Imposibilidad de la reserva por el promotor del derecho de vuelo sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999)», *Actualidad civil*, nº 4, La Ley, Madrid, 1999, págs 1559 a 1572.
- GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C.: «La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción», *RCDI*, Nº 551, 1982, págs 925 a 949.
- GARCÍA DE MARINA, M.: *El Derecho de accesión*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1995.
- GARCÍA DEL CORRAL, I.: *Cuerpo del Derecho civil Romano (Corpus iuris civilis)*. Texto de Kriekel Hermann y Orenrugen, traducción a dos columnas de Ildefonso García del Corral, T. I, II y III, Barcelona, 1889, 1892 y 1897, respectivamente.
- GARCÍA GARCÍA, I.: «El principio registral de especialidad en relación con un garaje formado por locales subterráneos de varias fincas colindantes», *Diario La Ley*, Nº 4, 1987, págs 1043 a 1056.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. y VIDAL FRANCÉS, P. y ÁLVAREZ BELTRÁN, J.: «Concepto de conjunto inmobiliario o complejo inmobiliario», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso internacional de Derecho registral*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid 1983.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.:
 - *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid 1982.
 - «La finca como base del sistema inmobiliario», *RCDI*, Núm. 625, 1994, págs. 2437-2494.
- GARCÍA GARRIDO, M. J.:
 - *Derecho Privado Romano. Acciones, Casos, Instituciones*, 5ª edición, Dykinson, Madrid, 1991.
 - *Derecho privado romano, acciones, casos, instituciones*, 1ª edic. abreviada, Dykinson, Madrid 1993.
- GARCÍA GIL, F. J.: *La protección del dominio y de la posesión. Tratamiento jurisprudencial*, Edisofer, Madrid 1997.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: «La creciente importancia del subsuelo y su tratamiento urbanístico» http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct57/03-CATASTRO_57.pdf (16-10-2014).
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, 1852 (reimpresión, edit. Maxtor 2010).
- GARCÍA GRANERO, J.: «Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges», en *RDP*, 1950, págs 193 a 224.

- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. y BALLESTEROS ALONSO, M. y DOMENGUE AMER, B.: *El derecho de sobre y subedificación*, Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca 1983.
- GARCÍA MEDINA, J.: *Hipoteca del aprovechamiento urbanístico*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- GARCÍA PÉREZ, C.:
 - «Comentario al artículo 479 C.c.», en Rams Albesa (coordinador): *Comentarios al Código civil*, T. III, Bosch, Barcelona 2001, págs 724 y ss.
 - «El disfrute del usufructuario», en Leciñena Ibarra (coordinadora) *Tratado de Usufructo*, La Ley, Madrid 2016.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «Construcción extralimitada con mala fe del constructor. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.a), de 27 de enero de 2000», *ADC* 2000, págs. 1661-1667.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario al artículo 1256 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARRIDO MELERO, M.: «El marco temporal del Libro V del Código civil de Cataluña», *La Notaría*, N° 5, 2007, págs. 13-96.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: «¿Superficies solo cedit?», en Garrido de Palma (coordinador) *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Aranzadi, Pamplona 2007, págs 143 a 202.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. y SANTOS Y RUIZ DE EGUILAZ, J. S.: «Ley 23/2001 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura», en Cumella Gaminde y Tormo Santonja (directores): *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona 2005.
- GÍMENEZ DUART, T.: «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma del 3-V-1981», *RCDI*, 1982, págs 117 a 146.
- GOMÁ LANZÓN I.: «Engalabernos y medianería horizontal», *El notario del S XXI*, N° 56, Madrid, 2014.
- GOMEZ DE LA ESCALERA, C.: «El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal», *RCDI*, N° 719, Junio 2010, págs 1001 a 1052.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.:
 - «STS de 23 de septiembre de 1991. Normativa aplicable a las urbanizaciones y complejos inmobiliarios; propiedad horizontal: facultades de representación en juicio del Presidente de la comunidad en los asuntos que le afecten. Defectos de construcción en elementos privativos», *CCJC*, N° 27, 1991, págs. 957 a 968.

-
- «STS de 14 de noviembre de 1997: Tercería de dominio. Propiedad de inmuebles en fase de construcción», *CCJC*, N° 46, 1998, págs. 269 a 282.
 - «STS de 10 de mayo de 1999: Derecho de elevación. Constitución por el promotor. Compatibilidad con el régimen de propiedad horizontal. Naturaleza de las reservas de modificación de título constitutivo. Jerarquía normativa», *CCJC*, N° 51, 1999, págs. 1081 a 1094.
 - *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª edición, Dilex, Madrid, 2000.
 - «STS de 1 de abril de 2009. Propiedad horizontal. Complejo inmobiliario compuesto por distintos edificios sobre suelo no común. Nulidad de cláusula estatutaria de exención de gastos generales a las parcelas aún no construidas», *CCJC*, N° 81, 2009, págs. 1495 a 1512.
 - «Comentario al artículo 1717 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - GONZÁLEZ PACANOWSCA, I.: «Comentario al artículo 1124 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: «El derecho real de superficie», en *Conferencias pronunciadas en los días 21 y 28 de enero y 8 de febrero de 1922*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1922.
 - GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.:
 - «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2004», *RCDI*, N° 690, 2005, págs. 1440-1447.
 - «El subsuelo como finca registral independiente», *RCDI*, N° 702, 2007, págs. 1827-1833.
 - GRIMALT SERVERA, P.: «Comentario a los artículos 430 a 466 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, Aranzadi, Pamplona 1966.
 - GUIMERA PERAZA, M.: «El derecho de subsuelo», en *ADC*, 1961, págs 121 a 138.
 - GULLÓN BALLESTEROS A.:
 - *La superficie urbana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960.
 - «Accesiones inmobiliarias, en Protección del derecho de propiedad», *Cuadernos del CGPJ*, 1994, págs. 217-236.
 - GUTIERREZ SANTIAGO, P.: «Comentario al artículo 334 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - HERNÁNDEZ CRESPO, C.: «La accesión invertida», *RCDI*, Núm. 491, págs 731, Madrid, 1992, págs 729 a 765.

- HERNÁNDEZ GIL, A.: *La posesión como institución jurídica y social*, Espasa-Calpe, 1987.
- HERRERA DE LAS HERAS, R.:
 - «STS de 24 de marzo de 2006: Quiebra: nulidad de la compra-venta realizada en el periodo de retroacción de la quiebra; devolución de la cosa con los frutos obtenidos y devolución del precio con los intereses correspondientes», *CCJC*, N° 73, 2007, págs. 453 a 464.
 - «La administración y uso en la comunidad de bienes constituida al 50% por dos copropietarios», *Diario La Ley*, N° 8476, 2015.
 - «El ejercicio de la acción reivindicatoria y las presunciones legales a favor del demandante», *Diario La Ley*, N° 8567, 2015.
- HERRERO OVIEDO, M.: «Operatividad de la accesión invertida», *Actualidad civil*, N° 6, 2006, págs. 743-851.
- KARRERA EGIALDE, M. M.: «El acceso al Registro de la Propiedad de la propiedad separada rústica: referido a los terrenos ondazilegis guipuzcoanos», <http://www.ehu.es/documents/1549725/1573708/el+acceso+al+registroi.pdf> (17-10-2014).
- LASO MARTÍNEZ, J. L.: «De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», *RCDI*, N° 619, 1993, págs 1823 a 1851.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.:
 - *Elementos de Derecho civil*, T.III, *Derechos Reales*, Vol. 1º, *Posesión y propiedad*, 1ª ed., Bosch, 1988.
 - *Elementos de Derecho civil* T. III, *Derechos reales*, Vol 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2ª edic, Revisada por Agustín Luna Serrano, Edit. Dykinson, Madrid 2004.
 - *Elementos de Derecho civil*, T. III, *Derechos reales* Vol. 1º, *Posesión y Propiedad*, 3ª edic. revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Edit. Dykinson, Madrid 2008.
 - *Lecciones de derecho inmobiliario registral*, 2ª edición, Aranzadi 2010.
- LANZAS MARTÍN, E. P.: «Segregación de volúmenes subterráneos», *RCDI*, N° 701, Madrid, 2007, págs 1394 a 1408.
- LATOUR BROTONS, J., «La construcción extralimitada», *RDP*, marzo, 1966, págs 261 a 265.
- LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, T. VI, Paris-Bruxelles 1871.
- LLÁCER MATAACÁS, M^A R.:
 - «Tratado de Servidumbres», coord. por Á. L. Rebolledo Varela, Ed. Aranzadi, Pamplona 2002.

- «Los derechos reales en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Catalunya, relativo a los derechos reales», <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2462/1/AD-10-30.pdf> (15-10-2014).
- LLAMAS POMBO, E.: *Acciones civiles*, T. IV, *Derechos reales. Derecho inmobiliario*, La Ley, Madrid 2013.
 - LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Laguna legal: Derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante», *Diario La Ley*, 1994, págs. 964-975.
 - LÓPEZ DE HARO, C.: *El derecho de retención*, Madrid 1921.
 - LÓPEZ FRÍAS, A.: «La condición resolutoria expresa como garantía de los derechos del cedente del solar» 1997. <http://libros-revistas.derecho.vlex.es/vid/condicion-resolutoria-expresa-cedente-solar-284046>. (15-05-2013).
 - LÓPEZ FRIAS, M. J.:
 - La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo, *RCDI*, N.º. 650, 1999, págs. 87 a 107.
 - «Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro», *RCDI*, N.º 733, 2012.
 - LÓPEZ VILAS, R.: «Comentario a los artículos 358 a 365 C.c.», en Paz Ares et al. (directores): *Comentario del Código civil* Ministerio de Justicia, T I Madrid 1991.
 - LUQUE JIMÉNEZ, M. C.: «Configuración registral del subsuelo disociado del suelo», *RCDI*, N.º 712, 2009, págs. 695-718.
 - MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.:
 - «Comentario a los artículos 479 y ss. C.c.», en Paz Ares et al. (directores): *Comentario del Código civil* Ministerio de Justicia, T I Madrid 1991.
 - *Los conceptos de sustancia, forma y destino de las cosas en el Código civil*, *Civitas*, Madrid 2016.
 - MANRESA Y NAVARRO, J. M^A: *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid 1904.
 - MARTÍ FERRER, M.: «Coste de repercusión del suelo», en *VIII Congreso Notarial Español, Suelo y vivienda en el siglo XXI*, Madrid, 8,9 y 10 de mayo de 2003, Consejo General del Notariado, Madrid 2005.
 - MARTÍN PÉREZ, A.: «Comentario al artículo 453 C.c.», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VI, Edersa, Madrid 1980.

- MARTY, J. P.: *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribución a l'étude de droit de superficie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París 1979.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, R.:
 - «El libre albedrío en la propiedad inmobiliaria», *Anuario jurídico y económico escorialense*, Nº. 41, 2008, págs. 69-102.
 - «Alteraciones en el edificio», en S. San Cristóbal (coordinador): *Estudios sobre la Propiedad Horizontal*, La Ley Madrid, 2009.
- MATHEU DELGADO, J. A.:
 - *La configuración jurídica del derecho de vuelo y subsuelo en el ordenamiento español y su incidencia en el marco normativo del régimen de propiedad horizontal*, Universidad de La Laguna, 2009.
 - *Derechos de vuelo y subsuelo*, Ed. Dykinson, Madrid 2011.
- MEDINA DE LEMUS, M.: «Comentario a los artículos 358 a 365 C.c.», en Rams Albesa (coordinador): *Comentarios al Código civil*, T. III, Bosch, Barcelona 2001, págs 724 y ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana», *RCDI*, Núm. 672, 2002.
- MOLL DE ALBA LACUVE, CH.:
 - «L'accessió immobiliària a la nova Llei 25/2001, de 31 de desembre», *La Notaríia*, 2002, págs 47 a 53.
 - *La edificación en suelo ajeno. La posible disociación jurídica de la propiedad*, Grupo difusión, Barcelona 2004.
 - «Derecho de propiedad y derecho a edificar», *RCDI*, Nº 683, 2004.
- MONET Y ANTON, F.: «Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir», *Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia* el día 8 de junio de 1963, Artes Gráficas. Hernán Cortés, 1967, Valencia.
- MONTEL, A.:
 - Voz «Accessione (Diritto civile)», *Nuovo Digesto Italiano*, a cura de di Mariano D'Amelio, con la collaborazione di Antonio Azara, 1937.
 - Voz «Accessione (Diritto civile)», *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Mariano D'Amelo, con la collaborazione de Antonio Azara, Torino 1957.
- MONTES PENADÉS, V. L.: «Comentario a los artículos 350 a 365 C.c.», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. I, Edersa, Madrid 1990.

- MORALES MORENO, A. M.: «Posesión y usucapión», en *Portal Jurídico de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1972, págs. 186 y ss. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6276/6749> (11-11-2016).
- MORGADO FREIGE, P.: «El derecho de vuelo y de subsuelo en la propiedad horizontal de hecho», <http://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/33003/morgado-vuelo/> (26-05-2017).
- MORILLO GONZÁLEZ, F., «Comentario al artículo 1632 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NAVARRO CASTRO, M.:
 - «STS de 18 de mayo de 1994. Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción. Tradición instrumental de pisos por construir», *CCJC*, N° 36, 1994, págs. 1043-1050.
 - «Comentario al artículo 511 C.c.», en Rams Albesa (coordinador): *Comentarios al Código civil*, T. III, Bosch, Barcelona 2001, págs 724 y ss.
 - «STS de 4 de abril de 2002. Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores», *CCJC*, N° 60, 2002, págs. 967 a 984.
 - «La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado», en González Pacanowska y García Pérez (coordinadores): *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, Aranzadi 2014.
 - «Obligaciones del usufructuario», en Leciñena Ibarra (coordinadora) *Tratado de Usufructo*, La Ley. Madrid 2016.
- NAVAS NAVARRO, S.: «La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)», *ADC*, 1995, págs 85 a 162.
- NUÑEZ BOLUDA, M^A. D.: *La accesión en las edificaciones*, J. M. Bosch, Barcelona 2006.
- NUÑEZ RUIZ, M. A.: «Dictamen sobre el derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines», *RDU*, N° 29, 1972, págs 101 a 129.
- O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: *Código civil. Comentario y Jurisprudencia*, La Ley, 2004.
- OROSA ROLDÁN, M. A.: «Accesión Invertida», *Diario La Ley*, 1985, págs 1270 a 1286.
- PARADISO, M.: «L'accessione al suolo (artt. 934-938)», en Piero Schelesinger (director): *Il Codice Civile Commentario*, Milano 1994.
- PASQUALI, G.: Voz «Accessione (Diritto di)», *Digesto Italiano*, Vol. I, parte 1ª, Torino 1884.
- PEÑASCO VELASCO, R.:

- *De la accesión codificada del siglo XIX, a la accesión invertida del nuevo milenio y su relación con el principio de buena fe en la edificación*, Club Universitario, Alicante 2009.
- «El fenómeno de la construcción referido a la figura de la accesión inmobiliaria, en el Libro V del Código civil de Cataluña», *Diario La Ley*, N° 7271, 2009.
- «El exacerbado valor concedido a la tierra desde el derecho romano hasta el Código civil y la consecuente, y prácticamente indestructible, presunción de buena fe del dueño del suelo», *Revista de estudios superiores a distancia*, N° 28, 2009, págs 7 a 29.
- PÉREZ CÁNOVAS, N.:
 - *La disociación jurídica de la plantación y el suelo*, Ediciones TAT, Granada 1988.
 - «Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza», *RCDI*, N° 586, 1988, págs. 735-760.
- PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 y ss. C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2003.
- PÉREZ PÉREZ, E.:
 - *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, 2ª edición, Bosch, Barcelona 2004.
 - *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2008.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: «Notas de derecho español al Derecho de Cosas de WOLF», en *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS, T. III., Bosch, Barcelona, 1936
- PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México 2007.
- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J. I.:
 - «El problema de la aplicación de las normas de la accesión al constructor en suelo ajeno ligado por una previa relación jurídica con el dueño del suelo: el caso del usufructuario», *Actualidad civil*, N° 13, 2010, págs 1479 a 1485.
 - »Reflexiones sobre la regla *accessorium sequitur principale*: partes, pertenencias y accesorios», *RCDI*, N° 745, 2014, págs 2542 a 2552.
 - «Consideraciones sobre los principios rectores de la accesión en las edificaciones», *RDP*, N° 1, 2015, págs 53 a 68.
- PLANA ARNALDOS, M^A C.:
 - *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

-
- «STS de 17 de septiembre de 2003: Contrato de cesión de suelo a cambio de edificación. Resolución del contrato. Restitución: aplicación de las normas de accesión», *CCJC*, N° 65, 2004, págs. 673 a 688.
 - «Resolución y restitución», en González Pacanowska y García Pérez (coordinadores): *Estudios sobre incumplimiento contractual y resolución*, Aranzadi 2014.
 - POTHIER, J.:
 - *Traité du droit du domaine de propriété*, T. I, Paris 1772.
 - *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, trad. M. Deó, notas y concordancias A. Elías de Molins, T. VII, 1882.
 - PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona 1953.
 - Quicios Molina, M^a S.: «Comentario al artículo 1544 y ss. C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - RAMS ALBESA, J.:
 - «Las accesiones en la sociedad de gananciales», *ADC*, mayo-agosto, 1985, págs. 401 a 403.
 - *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid 1992.
 - REBOLLEDO VARELA, A. L.:
 - «Incidencia de las servidumbres y accesión en el proceso edificatorio», *Aranzadi Civil*, 1997, págs 25 a 50.
 - «Comentario al art. 1359 del Código civil», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - REGLERO CAMPOS, L. F.: «Recensión de los Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, de Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato y M. del Carmen González Carrasco», *RCDI*, N° 664, 2001.
 - RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El usufructo*, Aranzadi 2010.
 - Roca Guillamón, J.: «Comentario al artículo 1258 C.c.», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1A, Edersa, Madrid 1993.
 - ROCA SASTRE, R. M^A.:
 - *Instituciones de derecho hipotecario*, (tres tomos) Bosch, Barcelona 1942.
 - *Suplemento al Derecho hipotecario*, 5^a edic. Bosch, Barcelona 1960.
 - «Ensayo sobre el Derecho de superficie», *RCDI*, N° 392-393, 1961, págs. 7-66.

- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El dolo del poseedor de buena fe», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, T. II, Madrid 1976.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASTAÑOS CASTRO, P.: «La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia», *RCDI*, nº 740, 2013, págs. 3871-3945.
- SALIS, L.: *El condominio en los edificios*, Bosch, Barcelona 1968.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: «La adquisición por ley de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes», *Aranzadi Civil*, Nº 19, 2000, págs 2435 a 2474.
- SÁNCHEZ GOYANEZ, E.: *Ley del Suelo, Comentario sistemático del Texto Refundido de 2008*, La Ley, 2009.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, T. III, *Derechos reales*, 2ª edición, Madrid 1900.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: «La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario», *RCDI*, Nº 662, 2000, págs. 3097-3142.
- SANFILIPPO, C.:
 - Voz «Accessione (Diritto Romano)», *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di Mariano D'Amelo, con la collaborazione de Antonio Azara, Torino 1937.
 - Voz «Accessione (Diritto Romano)», *Novissimo Digesto Italiano*, T. I., a cura di Ernesto Eula y Antonio Azara, Torino 1957.
- SÁNZ FERNÁNDEZ, A.: «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», *Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia* el día 22 de marzo de 1947, págs 113 a 213.
- SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil comentado y concordado extensamente*, T. VI, Reus, Madrid 1891.
- SERRANO ALONSO, E.: «La accesión de bien mueble a inmueble. Una interpretación del artículo 361 del Código civil», *RDP*, 1981, págs 699 a 688.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Concepción unitaria de la propiedad separada sobre la entidad en régimen de propiedad horizontal», en Garrido de Palma (coordinador) *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Aranzadi, Pamplona 2007.
- SOTO BISQUERT, A.: «El derecho de vuelo», *RCDI*, Nº 485, 1971, págs 923 a 956.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.:
 - *Negocios agrarios inmobiliarios de fomento: Enfiteusis*, Ed. Círculo rojo, 2010.
 - «Roma: edificación en altura. El negocio urbanístico-inmobiliario de la superficie en el Derecho Clásico», *Revista de Derecho vLex*, nº 85, octubre 2010.

- TRAVIESAS, M. M.: «Ocupación, accesión y especificación», *RDP*, 1919, págs 289 a 303.
- TORRES LANA, J. A.: *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid 1982.
- TUR FAÚNDEZ, M^A N.:
 - *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi, 2011.
 - «Comentario al artículo 1957 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- UTRERA RAVASSA, C.: «Las urbanizaciones privadas y la entidad de conservación del Reglamento de Gestión Urbanística», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso internacional de Derecho registral*, Centro de estudios hipotecarios, Madrid, 1983.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «La buena fe y el dolo (comentario al artículo 457 del Código civil)», en *Código civil comentado*, vLex 2016.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: Régimen jurídico en del subsuelo España, *República Jurídica Administrativa* N° 3, 2011.
- VÁZQUEZ BARROS, S.:
 - «La accesión como modo de adquirir la propiedad», *Revista de Derecho vLex* N° 65, 2009.
 - «La accesión», en *Los interdictos. Acciones posesorias*, vLex 2010.
 - *Los interdictos. Acciones posesorias*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- VAZQUEZ BOTE, E.:
 - «Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del Derecho», *RCDI*, N^a 573, 1986, págs. 217-274.
 - «La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad», *RCDI*, N° 696, 2006, págs. 1557-1604.
- VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, A.: *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Bosch, Barcelona 1963.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: «La construcción extralimitada: revisión jurisprudencial». *RCDI*, N° 673, 2002, págs 1793 a 1826.
- VERDERA SERVER, R.: «Comentario a los artículos 1098 y 1099 C.c.», en Bercovitz Rodríguez Cano (director): *Comentarios al Código civil*, T. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- VUILLAUME, M. F.: *Commentaire analytique du Code Napoléon renfermant les principes généraux du droit*, Paris 1856.

Páginas web

- http://www.iusetnorma.it/articoli_commenti/cassazione_10_marzo_2011_n5739_usucapione_accessione_ammissibilita_cumulo_considerazioni.asp (31/08/2016).
- Enciclopedia jurídica. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/prescripcion-extintiva/prescripcion-extintiva.htm> (22/05/2017)